



E-BOOK ACADÊMICO DO CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM

DIREITO MÉDICO E ODONTOLÓGICO

4ª TURMA

ANADEM
SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO MÉDICO E BIOÉTICA

UCA
Universidade Corporativa Anadem

ANO 2022

FORMANDOS

Cassiano Gabriel de Oliveira Silva

Danny Fabrício Cabral Gomes

Gustavo Augusto Miranda de Amorim

Jéssica Batista Couto

Jéssyca Costa Santos

Leonice Krenchinski

Marconi Delmiro Neves da Silva

Marcus Vilmon Teixeira dos Santos

Mário Francisco Barbosa

Roberto Claude Arena de Souza

FICHA TÉCNICA

Autoria

Universidade Corporativa Anadem - UCA

Coordenador do Curso

Raul Canal

Diretor Pedagógico

José Antonio Ramalho

Coordenadora Pedagógica

Ana Cristina Freitas

Editor e Jornalista Responsável

Andrew Simek

Revisão de textos

Dayse Mendes

Diagramação e Projeto Gráfico

Thallys Guilande

PALAVRA DO PRESIDENTE

Caros amigos,

Sabemos que na atual realidade brasileira a Medicina se tornou, disparadamente, a profissão que mais riscos oferece àqueles que a exercem. E, pensando nesse contexto e no cenário que se emoldura, o profissional da saúde precisa se adequar à realidade, ajustar as velas do barco (porque o vento mudou) e adotar medidas de gestão do risco da sua atividade profissional.

Pensando nisso, o curso de pós-graduação em Direito Médico e Odontológico ofertado pela Universidade Corporativa Anadem – UCA proporciona aos alunos o estudo das relações jurídicas estabelecidas entre os médicos, cirurgiões-dentistas e seus pacientes, bem como todas as implicações jurídicas decorrentes de tal relação, seja na esfera administrativa, na cível, na ética e na criminal.

Tendo como base a reflexão jurídica e os estudos proporcionados pelo curso, os alunos da turma IV desenvolveram artigos científicos que estão sendo apresentados neste e-book, que servirão como fonte de consulta para todos que se interessam pela temática.

Uma ótima leitura!

Muito obrigado.



Dr. Raul Canal
Presidente da Anadem



APRESENTAÇÃO DA UCA

Ao estabelecer novas prioridades institucionais para os próximos dois anos, biênio 2020-2021, a Anadem considerou alguns fatores determinantes, como as mudanças ocorridas no cenário econômico e social do País e do mundo e os indicadores dos resultados quantitativos e qualitativos alcançados pelos colaboradores internos e externos e parceiros estratégicos.

A decisão estratégica do Presidente da Anadem, Dr. Raul Canal, na criação da **Universidade Corporativa Anadem - UCA**, reforça o elenco de novas prioridades e estratégias nos Eixos parcerias estratégicas e conhecimento.

Missão, visão e valores

Missão

A UCA é uma Universidade Corporativa com a missão de promover por meio do fortalecimento dos fundamentos do Direito Médico e das medidas para Segurança do Paciente, um ambiente de aprendizagem, conhecimento e inovação para associados, profissionais e colaboradores que atuam no setor de saúde.

Visão

Ser uma Universidade Corporativa reconhecida como referência na ampliação e desenvolvimento de programas de treinamento e formação para profissionais e empreendedores que atuam no sistema de saúde brasileiro.

Valores

Desenvolver a **excelência humana e profissional** dos colaboradores e parceiros que atuam no sistema de saúde do País.

Promover o **desenvolvimento e difusão de novos conhecimentos** por meio da melhoria contínua das organizações que operam no sistema de saúde brasileiro.

Compromisso permanente com a realização de programas e projetos educacionais **éticos e socialmente responsáveis**.

Universalização do conhecimento por meio de parcerias estratégicas com instituições e entidades do setor de saúde.

Aperfeiçoar a **gestão de relacionamento com associados e colaboradores** sempre com foco na obtenção de resultados.



SUMÁRIO

- 13 . **CASSIANO GABRIEL DE OLIVEIRA SILVA**
- 31 . **DANNY FABRÍCIO CABRAL GOMES**
- 55 . **GUSTAVO AUGUSTO MIRANDA DE AMORIM**
- 69 . **JÉSSICA BATISTA COUTO**
- 81 . **JÉSSYCA COSTA SANTOS**
- 105 . **LEONICE KRENCHINSKI**
- 119 . **MARCONI DELMIRO NEVES DA SILVA**
- 135 . **MARCUSVILMON TEIXEIRA DOS SANTOS**
- 151 . **MÁRIO FRANCISCO BARBOSA**
- 173 . **ROBERTO CLAURE ARENA DE SOUZA**

RESUMO

Entre os riscos que instituições de saúde, pacientes, profissionais da saúde, por exemplo, médicos correm, estão erros/negligência médica, que mediante a legislação brasileira são devidamente regulados e suscetíveis a punições. O erro médico é, sem dúvida, um dos maiores e mais graves riscos dentro do setor de saúde e pode prejudicar a reputação de um centro, comprometer sua estabilidade financeira, além de ameaçar a segurança do paciente. Desta maneira, esta pesquisa tem como objetivo geral apresentar a gestão de risco para prevenir a ocorrência de erros médicos. Os objetivos específicos buscam definir e explicar o que é e qual a finalidade da gestão de risco nas atividades médicas, conceituar e explicar sobre o que é considerado erro médico, explicar e descrever quanto à aplicação da gestão de risco diante de erros médicos e, por fim, apresentar a responsabilidade judiciária das atividades médicas mediante erros e negligências. Para esta pesquisa optou-se pelo método de revisão bibliográfica. Conclui-se que a gestão de risco surge como uma ferramenta que irá identificar a origem e causa dos problemas ocorridos para que sejam solucionados. A gestão de risco envolve comprometimento de toda a equipe envolvida, muita comunicação e busca de conhecimento. Essa iniciativa, com os erros médicos previstos ou prevenidos, impactará diretamente os resultados obtidos pelo paciente, e, claro, não exige uma verificação de casos para processos judiciais. Por fim, esta pesquisa não esgota o assunto em questão, deixando aberta a realização de estudos futuros. Sugere-se um estudo em que seja possível verificar em um hospital ou clínica a implementação de uma gestão de risco para que sejam comparados resultados nos casos de pacientes e também se os casos judiciais dos profissionais que ali atuam aumentaram, diminuíram ou se mantiveram estáveis.

Palavras-chave: Direito médico. Responsabilidade médica. Gestão de risco à saúde.

¹ Pós-Graduado em Finanças Empresariais pela UFMG, Pós-Graduado em Perícias Judiciais pelo ITCP - Instituto Tecnológico de Ciência e Pesquisa, Brasília-DF, Pós Graduando em Direito Médico - Universidade Corporativa Anadem, Advogado, Contador, Membro da Associação dos Peritos Judiciais, Árbitros, Conciliadores e Mediadores de Minas Gerais e do Conselho Nacional dos Peritos Contábeis, Conselheiro Jurídico e Científico da Sociedade Brasileira de Direito Médico e Bioética - ANADEM, Membro da ASOLADEME - Asociación Latino Americana de Derecho Médico, Acadêmico efetivo na área de Ciências Jurídicas da ALACH Academia Latino-Americana de Ciências Humanas, Palestrante em cursos e congressos.

ABSTRACT

Among the risks that health institutions, patients and health professionals, such as doctors, run, run are the occurrence of medical errors/negligence, which according to Brazilian legislation, are duly regulated and susceptible to punishment. Medical error is, without a doubt, one of the biggest and most serious risks within the health sector, and it can damage a center's reputation, compromise its financial stability, in addition to threatening patient safety. In this way, this research has the general objective of presenting risk management to prevent the occurrence of medical errors. Thus, the specific objectives seek to define and explain what is and what is the purpose of risk management in medical activities, conceptualize and explain what is considered medical error, explain and describe the application of risk management in the face of medical errors and finally, to present the judicial responsibility of medical activities through errors and negligence. For this research, the method of literature review was chosen. It is concluded that risk management emerges as a tool that will identify the origin and cause of the problems that have occurred so that they can be solved. Risk management involves the commitment of the entire team involved, a lot of communication and the search for knowledge. If from this initiative, medical errors can be predicted or prevented, it will directly impact the results obtained by the patient, and of course, it does not require a verification of cases for legal proceedings. Finally, this research does not exhaust the subject in question, leaving it open for future studies. It is suggested to carry out a study where it is possible to verify in a hospital or clinic, the implementation of a risk management so that the results in the cases of patients are compared and also if the judicial cases of the professionals who work there increased, decreased or if remained stable.

Keywords: Medical law. Medical responsibility. Health risk management.

1 INTRODUÇÃO

Os estabelecimentos de saúde e seus profissionais são, de fato, confrontados com a noção de risco. Para lidar com a doença, eles implementam diferentes ações a fim de beneficiar os pacientes. Embora os avanços científicos e tecnológicos tenham possibilitado avanços consideráveis na eficácia clínica do atendimento ao paciente, esse ganho de eficiência tem sido acompanhado pelo surgimento de novos riscos.

Nos estabelecimentos de saúde, inúmeras abordagens, sejam de origem profissional, gerencial ou regulatória, visam controlar os diversos riscos identificados. Na maioria das vezes, são projetados tematicamente. A avaliação das práticas profissionais, a abordagem da qualidade, a acreditação, as abordagens temáticas que visam melhorar a qualidade dos cuidados e que têm em conta a dimensão segurança como prioridade. A gestão de risco visa reduzir todos os riscos que possam surgir.

Entre os riscos estão a ocorrência de erros/negligência médica, que, mediante a legislação brasileira, são devidamente regulados e suscetíveis a punições. O erro médico é, sem dúvida, um dos maiores e mais graves riscos dentro do setor de saúde, e pode prejudicar a reputação de um centro, comprometer sua estabilidade financeira, além de ameaçar a segurança do paciente.

Souza et al. (2019, p. 701) deixa claro que “a ocorrência de erros ou violações aumenta o risco associado à assistência à saúde e pode culminar em penalizações judiciais aos profissionais e às instituições envolvidas”.

Tradicionalmente, a implantação da gestão de riscos de saúde concentra-se no importante papel da segurança do paciente e na redução de erros médicos que comprometem a capacidade de uma organização de cumprir sua missão e proteger contra a responsabilidade financeira. É nesse sentido que se aponta sua importância. Pena e Melleiro (2018, p. 619) ressaltam que “a cultura de segurança é o produto de valores, atitudes, competências e padrões de comportamento individuais e de grupo, os quais determinam o compromisso, o estilo e a proficiência da administração de uma organização saudável e segura”.

Neste sentido, esta pesquisa buscará responder: como a gestão de risco contribui para melhor controle e prevenção de erros médicos e sua consequente responsabilização jurídica?

Desta maneira, esta pesquisa terá como objetivo geral apresentar a gestão de risco para prevenir a ocorrência de erros médicos. Assim, os objetivos específicos buscarão definir e explicar o que é e qual a finalidade da gestão de risco nas atividades médicas, conceituar e explicar sobre o que é considerado erro médico, explicar e descrever a aplicação da gestão de risco em relação a erros médicos, e, por fim, apresentar a responsabilidade judiciária das atividades médicas mediante erros e negligências.

Esta pesquisa é justificada por sua potencial contribuição ao setor acadêmico, trazendo novas observações para a temática abordada de forma contextualizada. A pesquisa também é capaz de contribuir com o ambiente social, permitindo que indivíduos leigos ou especialistas consigam compreender a abordagem propostas e as respostas alcançadas.

Para o estudo, foi utilizado o método de revisão bibliográfica a partir da realização de pesquisas bibliográficas na literatura, como artigos, livros, periódicos, dissertações, teses e similares. Também foi realizado o modelo de leitura que recebe o nome de leitura seletiva, em que é feita uma leitura profunda para levantamento de informações consistentes para a pesquisa. Para o registro das informações utilizou-se o formato nome e ano da publicação. Por fim, também foi realizada uma leitura analítica, possibilitando a ordenação das informações coletadas.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 Gestão de risco nas atividades médicas

A gestão de riscos hospitalares nasceu nos Estados Unidos, na década de 1970. Na época, apenas os riscos associados ao cuidado eram considerados por essa disciplina. Então, ao longo do tempo, a evolução das atividades hospitalares e outros fatores externos, como o aumento de atos de terrorismo, desastres naturais e doenças, forçaram os gerentes de risco em nível hospitalar a estender sua visão para cada vez mais campos, tornando-se multidisciplinares (SILVA et al., 2012). A gestão de risco é um mecanismo para identificar, avaliar e reduzir os riscos para pacientes, visitantes e funcionários. Os objetivos são prevenir a ocorrência de eventos adversos para a segurança e qualidade da assistência e reduzir a frequência e gravidade dos eventos adversos (LA PIETRA et al., 2005).

Por definição, a gestão de riscos hospitalares reúne todos os métodos para identificar, avaliar, processar e priorizar os riscos inerentes às atividades e à própria existência dos estabelecimentos de saúde. Sua finalidade é permitir que os gestores de risco controlem as consequências desses riscos para que não possam prejudicar, em todos os aspectos, o hospital, a equipe de enfermagem e, obviamente, suas atividades profissionais (BRICKNELL; MOORE, 2007). Em detalhe, a missão desta disciplina consiste em:

- antecipar o aparecimento de situações de risco;
- evitar a ocorrência dos chamados imprevistos;
- assegurar que o nível de risco seja suportável.

2.1.1 O processo de gerenciamento de risco

De acordo com a ISO 31000, que é uma família de normas de gestão de risco codificada pela International Organization for Standardization, o processo de gestão de risco hospitalar deve seguir os seguintes passos:

- Primeiro passo: Identificar os riscos *a priori e a posteriori*. Os métodos recomendados são a observação, o inquérito, os questionários, o trabalho em grupo multidisciplinar, a troca de informação entre serviços, departamentos e até entre estabelecimentos, etc.
- Segundo passo: Análise de risco. Tem como objetivo quantificar ou mensurar de forma tangível os impactos ou consequências de cada risco. Para isso, as causas e consequências de cada risco devem ser identificadas.
- Terceiro passo: Avaliação e priorização de riscos. Cada risco que foi analisado deve então ser avaliado. Dependendo de seu nível (frequência, periculosidade, custos, aceitabilidade, etc.), os riscos serão priorizados para saber quais requerem ação prioritária.
- Quarta etapa: Desenvolvimento e implementação do plano de ação de tratamento de riscos. O desenvolvimento do plano de ação de tratamento de risco deve levar em consideração as restrições regulatórias, orçamentárias, sociais e políticas específicas da unidade de saúde. Uma vez votadas e aprovadas as ações por todos os atores da gestão de risco, passa-se à implementação.
- Quinto passo: Monitoramento e avaliação das ações implementadas. Esta é a etapa em que é necessário monitorar a implementação e eficácia das ações realizadas. O monitoramento e a avaliação requerem a definição prévia de indicadores.

2.1.2 Os diferentes riscos hospitalares

Conforme mencionado, os riscos hospitalares incluem todos os riscos inerentes a atividades médicas, atendimento clínico, gerenciamento de instalações e muitos fatores externos (BRANDÃO, BRITO; BARROS, 2018). Aqui estão alguns exemplos:

- Riscos relacionados a atividades médicas e atendimento clínico: complicações de atos médicos, erros de medicação, riscos de contaminação, erros de diagnóstico, falta ou falta de informação sobre novos patógenos, avaria ou falta de equipamentos médicos.
- Riscos técnicos relacionados a edificações e infraestrutura: incêndios, falta de energia, vazamentos de água, etc.
- Riscos epidemiológicos: quando ocorre uma epidemia, os hospitais e os profissionais de saúde são os mais expostos e, portanto, os mais vulneráveis.
- Riscos ambientais: terremoto, ciclone, seca. Os fenômenos da natureza sempre fazem muitas vítimas humanas. Mesmo que o hospital sofra os efeitos diretos desses perigos (por exemplo, destruição do prédio, falta de recursos, etc.), deve, ao mesmo tempo, gerenciar um pico de feridos e doentes causados por esses perigos.
- Riscos legais: erros médicos e ações judiciais.

- Riscos financeiros: é certo que os hospitais não realizam transações financeiras arriscadas, mas podem perder dinheiro a qualquer momento ao serem obrigados a atender com urgência pacientes que não necessariamente têm meios para pagar suas despesas médicas.

2.2 Erro médico

Segundo a OMS, um erro é definido como a execução inadequada de um ato planejado ou a aplicação de um plano incorreto. Um erro pode ocorrer quando, durante o planejamento ou execução de uma ação, se faz algo que não deveria ser feito (erro por comissão), ou quando não se faz algo quando tinha ser feito (erro por omissão).

O erro médico é um tema abordado desde a Antiguidade, já que a profissão médica é uma das mais antigas do mundo, e os erros entre os que a praticam também são um problema antigo. No Egito e na Roma Antiga, a punição pelo erro do médico defendia a boa responsabilidade civil desses profissionais (CHEHUEN NETO, 2011).

O papel social dessa profissão tem raízes no poder de cura e salvação, com uma formação fortemente marcada pela busca da infalibilidade e influenciada pela mensagem hegemônica de que erros com os pacientes são inaceitáveis. No entanto, nos tempos modernos, com o advento de novas tecnologias, a área médica vem evoluindo, e a diversidade de erros médicos tem acompanhado esse movimento (MENDONÇA; CUSTÓDIO, 2016). Essa situação se enquadra no papel social dos médicos e levou a uma série de discussões sobre um novo perfil para esses profissionais, no qual a cautela e a assistência ao paciente são temas centrais.

A literatura sobre erro médico indica que, de fato, o número de vítimas tem crescido exponencialmente, e não apenas no Brasil. Nos Estados Unidos em 2000, uma média de 98.000 mortes ocorreu por ano como resultado de erros. Na França, em 2008, cerca de 190 mil casos foram submetidos à análise com base na possibilidade de erro médico (GOMES et al., 2017).

O número de reclamações contra médicos começou a aumentar nos anos 70 nos Estados Unidos. Um estudo norte-americano afirmou que, em 1960, os pacientes nos Estados Unidos deram 1 queixa por ano para cada 100 médicos; em 1985, esse número aumentou para 18 reclamações.

No Brasil, as discussões sobre erro médico são recentes, e não há número exato de mortes causadas por erro médico, já que nenhum órgão específico é responsável por esse controle. No entanto, essa situação é motivo de preocupação, devido à incidência de queixas apresentadas contra atitudes médicas e danos humanos e materiais que poderiam ser evitados (MENDONÇA; CUSTÓDIO, 2016).

Alguns estudos fornecem uma visão geral dos erros médicos no Brasil. No Estado de Goiás, os pacientes e seus familiares registraram 2293 queixas entre 2000 e 2006. Destes, 31,6% estavam relacionados à incompetência profissional, ou seja, queixas relacionadas à insatisfação com os resultados do tratamento, à morte do paciente e outros problemas médicos.

Em outro estudo brasileiro, pesquisadores realizaram uma revisão de publicações produzidas sobre erros médicos em dois bancos de dados de interesse para a área da saúde. Eles descobriram que

a literatura produzida sobre o assunto nos últimos dez anos era escassa, com uma média de pouco mais de uma publicação por ano (CHEHUEN NETO, 2011).

Em 2013, as práticas médicas brasileiras tinham 400 mil profissionais registrados, com uma taxa de 2 médicos por mil habitantes. Entre 2000 e 2004, o Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (Cremesp) investigou denúncias contra doutores daquele estado no sistema judiciário brasileiro e encontrou um total de 353 decisões proferidas na esfera civil e 23 na esfera criminal. Desse total, aproximadamente 46% das decisões foram a favor do paciente, com indenização por danos morais. O maior nível de condenação aplicado aos médicos acusados, ou seja, o ato praticado por esses profissionais infligiu dor ou sofrimento à vítima (GOMES et al., 2017).

Os conselhos de medicina no Brasil são organizados por estado, e seu objetivo é supervisionar a ética profissional em todo o território sob sua jurisdição e, ao mesmo tempo, julgar e disciplinar a classe médica, priorizando o perfeito desempenho ético da medicina e seu exercício legal.

Embora o Código Brasileiro de Ética Médica, aprovado pelo Conselho Federal de Medicina (CFM) em setembro de 2009, a Resolução CFM no. 1931/09, não explique diretamente o conceito de erro médico, declara no Artigo 1 do Capítulo III que os médicos são proibidos de causar dano ao paciente, por ato ou omissão, caracterizado por incompetência, imprudência ou negligência (MENDONÇA; CUSTÓDIO, 2016).

No entanto, encontra-se destaque para os principais conceitos de erro médico, pois incluem as diretrizes regidas pelos órgãos competentes de saúde no mundo e os trabalhos científicos que foram desenvolvidos. Com base nisso, é possível afirmar que as vítimas de erro médico não são levadas em consideração nesse tipo de discussão e investigação (CORREIA-LIMA, 2012).

Estudos brasileiros colocaram mais ênfase no número de queixas registradas pelos Conselhos Regionais de Medicina (CRMs), nos procedimentos disciplinares aplicados e nos perfis dos médicos relatados, e fornecem algumas regras importantes sobre o que os médicos precisam para evitar erros e para seus pacientes não sofrerem aborrecimentos.

Curiosamente, as vítimas de erros médicos não são apresentadas muito na literatura científica, e há uma falta de investigação científica sobre as autopercepções das vítimas de erro médico. Nenhuma voz foi dada a essas pessoas, na tentativa de compreender o fenômeno de ser vítima do erro e do sofrimento envolvido. Neste artigo, é possível compreender como é ser vítima de erro médico no Brasil e investigar as circunstâncias que são impostas nesse processo, com base na experiência e nas narrativas dos pacientes vítimas (MENDONÇA; CUSTÓDIO, 2016).

A perspectiva fenomenológico-existencial utilizada neste estudo orienta-se no pensamento de Heidegger, seguidor de Husserl. Essa perspectiva surgiu como um desafio ao modo tradicional do pensamento ocidental, questionando se a ciência moderna poderia tornar a vida humana mais significativa. O impulso da investigação deve ir das coisas e dos problemas, tomando como ponto de partida o conhecimento de volta às próprias coisas: um retorno à experiência (CORREIA-LIMA, 2012).

Essa busca de concepção realiza uma reflexão profunda sobre a experiência, que então permitiria atingir a essência do conhecimento, pensando sempre na compreensão do homem e do mundo, a partir de sua própria existência. A fenomenologia elege seu próprio modo de ser do homem como sua base, ou seja, busca tornar disponível o que através da metafísica se manteve escondida para o pensamento (GOMES et al., 2017).

2.3 Gestão de risco diante de erros médicos

Segundo Fusari *et al.* (2021, p.8), a gestão de riscos parte de uma gestão do cuidado adequada e efetiva. É possível identificar quatro aspectos inerentes à gestão de riscos que representam também uma sequência lógica e cronológica:

- identificação de riscos (Identificação de Riscos);
- análise de risco (Análise de Risco);
- controle de possíveis perdas (Controle de Risco);
- cobertura financeira (Financiamento de Risco).

2.3.1 Identificação de risco

A “Identificação de Riscos” é o processo pelo qual são identificadas situações, comportamentos e procedimentos que podem levar a uma “Perda” (VOLPE *et al.*, 2016). As fontes de Identificação de Riscos são inúmeras, entre os mais relevantes estão:

- segurança de ambientes e equipamentos;
- vias para controle de infecção;
- programas de melhoria da qualidade e procedimentos de acreditação;
- acompanhamento do grau de satisfação e reclamações de colaboradores e utentes;
- eventos adversos: casos relativos a má conduta profissional, acidentes de trabalho, lesões a usuários e visitantes, indenização por danos, etc.;
- gestão e liderança.

A abordagem baseia-se no pressuposto de que todo erro é consequência de problemas que o precedem e que tais problemas podem se manifestar antes mesmo de o evento adverso ocorrer. Isso significa que, para reduzir os erros, ao invés de agir de forma restritiva sobre os colaboradores, é pre-

ferível buscar soluções no sistema (classicamente entendido como um conjunto de assuntos inter-relacionados atuando em um contexto voltado para o alcance de determinados resultados) e, portanto, na estrutura organizacional. tecido do mesmo. Mesmo nos sistemas mais bem organizados, erros são cometidos (FARIA, 2010).

A observação não é de forma alguma redundante, uma vez que os procedimentos de gestão de risco devem ser aplicados independentemente da qualidade (ainda que elevada) dos serviços prestados. Criar um sistema seguro é uma necessidade premente e não adiada.

Fusari *et al.* (2021, p.4) reforça que o papel da liderança em

desenvolver a capacidade de avaliar os perfis comportamentais e habilidades técnicas dos colaboradores de sua equipe, para poder alocá-los nas áreas em que possuem maior domínio e afinidade, propicia menor incidência de erros e melhora a dinâmica do grupo.

Conforme mencionado, determinados eventos podem revelar riscos que não são adequadamente controlados, podendo se materializar em outros eventos adversos, às vezes ainda mais graves e/ou frequentes.

2.3.2 Análise de risco

Os métodos pelos quais tanto os riscos identificados quanto as causas de eventos adversos ou, em todo caso, indesejados podem ser estudados são numerosos (ALMEIDA LIMA *et al.*, 2014), no entanto, é importante lembrar antes de tudo:

- a análise de causa-raiz;
- o mapa das áreas críticas.

Souza *et al.* (2019, p.704) sugerem que as instituições possam utilizar a experiência de médicos com a judicialização de sua prática como forma de criar barreiras de prevenção aos erros por meio da conscientização sobre a necessidade de garantir respaldo legal durante a prática assistencial.

2.3.2.1 Análise de causa-raiz

Uma vez disponíveis os dados do relatório de incidentes, é necessário proceder à análise das causas. Um dos procedimentos atualmente em uso para esse fim é a “Análise de Causa-Raiz” (ACR).

O ACR, usado para estudar “eventos adversos”, “eventos sem danos” e “quase acidentes”, concentra-se não tanto no desempenho dos funcionários, mas, principalmente, no sistema e nos pro-

cessos. A análise afunda a pesquisa com base nas seguintes questões: “o que aconteceu?”, “como isso aconteceu?” e “por que isso aconteceu?”. Por fim, são propostas as ações necessárias, visando modificar a lacuna do sistema ou de um ou mais processos, evitando a recorrência do evento, se não de eventos mais graves do que o ocorrido (FARIA, 2010).

No entanto, para ser completo e eficaz, o ACR deve incluir:

- a determinação de todos os fatores, ou processos humanos, diretamente associados ao evento (lembre-se, a esse respeito, que um evento indesejado dificilmente reconhece uma causa única);
- a visualização das criticidades subjacentes ao evento, definindo uma série adequada de “porquês”;
- a identificação dos riscos e sua potencial contribuição para a ocorrência do evento, seja ele dano ao paciente, ou mesmo apenas um “close call” (risco evitado);
- sugestões sobre as ações a serem tomadas, para melhorar os processos e reduzir a probabilidade de ocorrência de novos eventos indesejados.

2.3.2.2 Mapa das áreas críticas

Além da Análise de Causa-Raiz, outros procedimentos podem ter finalidades semelhantes, embora o objetivo não seja necessariamente o único evento indesejado, mas o estabelecimento de um mapa de questões críticas, que diz respeito a toda a organização de saúde corporativa (VOLPE *et al.*, 2016).

2.3.3 Controle de risco

A prevenção de uma possível “perda” pela ocorrência de um evento indesejado baseia-se, sobretudo, em uma ação de capacitação, que deve envolver primeiramente a área gestora e, posteriormente, todos aqueles que prestam suas próprias atividades nos serviços de saúde. Essa ação assume a forma de aquisição de todo o conhecimento sobre ameaças potenciais, áreas de maior criticidade e eventos indesejados concebíveis (HINRICHSEN *et al.*, 2011).

Para Pena e Melleiro (2018, p. 617), a comunicação é essencial no controle de riscos para garantir qualidade e segurança aos atendimentos médicos:

Para garantir a efetividade na assistência, é necessário que os profissionais estejam preparados e capacitados para construir uma relação estruturada, na qual um conjunto adequado de informações propicie a diminuição dos riscos e favoreça maior segurança e qualidade na saúde, sem gerar danos ao paciente.

A formação dos colaboradores abrange um amplo campo de atuação, que privilegia a gestão do risco, através de todos os aspectos que a definem (HINRICHSEN *et al.*, 2011):

- informação e consentimento;
- verificação de prontuários médicos;
- verificação de SDOs;
- gestão de conflitos e litígios;
- comunicação de eventos indesejados;
- aspectos criminais, civis e securitários, bem como financeiros, entre outros.

2.3.4 Financiamento de Risco

Embora alheio à discussão, cabe lembrar que o Financiamento de Riscos é um plano de gestão que visa identificar os recursos necessários para a organização lidar com qualquer “Perda”; o que significa que esse instrumento se enquadra nos procedimentos orçamentais habituais (ALMEIDA LIMA *et al.*, 2014).

O tema – embora de considerável importância – é marginal em relação aos propósitos da discussão. No entanto, parece oportuno apresentar as principais áreas de exposição ao risco financeiro, que devem estar sujeitas a coberturas de seguros adequadas:

- estruturas, bens e materiais: trata-se de tudo o que é propriedade da Empresa, o que implica os riscos inerentes a cada caso, atribuíveis a normas de segurança específicas (engenharia de instalações, equipamentos de diagnóstico e informática, blocos operatórios, etc.);
- atividades diagnósticas e terapêuticas: são os riscos imputáveis às hipóteses habituais de má conduta profissional (por negligência, imprudência, inexperiência); o objetivo, claro, é a transferência do risco econômico para terceiros (companhia de seguros);
- pessoas que frequentam as instalações da empresa;
- colaboradores, consultores e voluntários;
- executivos: o risco está relacionado à responsabilidade gerencial (ou seja, “tomada de decisão”);
- veículos motorizados e outros meios de transporte; e
- ações criminais de vários tipos.

2.4 Responsabilidade por negligência/erro médico no Brasil

Um número alarmante de mortes causadas por erro médico deu origem a um número crescente de ações judiciais no Brasil. Como é difícil determinar se uma morte foi causada por um erro ou por outro motivo, como uma condição específica do paciente, é aconselhável ter cautela ao se buscar prestação de contas.

2.4.1 Erro médico

“Erro médico” é uma falha humana nos cuidados de saúde que causou danos ao paciente. Apesar do nome, também é atribuído a outros profissionais, como enfermeiros, dentistas, nutricionistas ou até mesmo a administração do hospital. Só é possível apontar um “erro” após uma análise minuciosa, pois o método de atendimento varia de acordo com a condição do paciente, o material à disposição e outras variáveis (SILVA JÚNIOR, 2021).

Assim, antes que o paciente ou a família tome qualquer ação legal ou queixa, é importante consultar outro profissional de saúde e um advogado. No Brasil, a responsabilidade civil busca indenização por danos reais causados à vítima (a lei brasileira não adota danos punitivos) (CORREIA-LIMA, 2012).

Um profissional de saúde é responsabilizado se uma relação de causa e efeito for demonstrada. O médico e o hospital são responsáveis apenas por ações ou negligência atribuíveis a eles, respectivamente. O Código do Consumidor brasileiro afirma que profissionais, como médicos e dentistas, só podem ser responsabilizados se o autor demonstrar intenção, imperícia, imprudência ou negligência.

Um médico assume a obrigação de fornecer cuidados precisos, de acordo com a ciência médica. A assistência médica não garante a restauração da saúde, mas tem que buscar a cura usando a melhor técnica e diligência à disposição. Portanto, cabe ao autor demonstrar que o médico agiu com negligência, negligência ou imprudência (AZEVEDO *et al.*, 2021).

No entanto, procedimentos estéticos, como cirurgia plástica, são diferentes. O cirurgião contratado para realizar uma cirurgia plástica compromete-se a um resultado final, um efeito embelezador. Nesse caso, basta que o autor demonstre que o resultado prometido não foi alcançado (SILVA JÚNIOR, 2021). No entanto, a responsabilidade do médico permanece subjetiva, desde que o réu prove que ele não agiu com a intenção, negligência, negligência ou imprudência, ele não será ele responsável por danos.

Bonna e Sá (2021, p.57) esclarecem que “a responsabilidade civil do médico, via de regra, tem natureza subjetiva, de modo que deve restar demonstrado se o profissional agiu com culpa, isto é, se agiu com negligência, imprudência ou imperícia”.

2.4.2 Responsabilidade subjetiva nos termos do Código de Defesa do Consumidor

Consumidor e fornecedor necessitam conscientemente saber que em qualquer fornecimento de serviço, a informação é essencial na relação para que haja garantia contratual.

A relação médico-paciente deve se pautar no respeito à vida humana desde a sua concepção, segundo Código Civil em seu artigo 2º. A integridade e saúde moral e física são essenciais ao ser humano, sendo valores indisponíveis constitucionalmente. O paciente, sendo usuário final de serviços, é a parte vulnerável da relação contratual, ou seja, a vida é o bem maior. Por isso, a importância de medidas que possam representar qualquer ameaça e ou restrição à vida ou à integridade do ser humano. Os médicos diariamente lidam com a integridade física das pessoas e, por essa razão, cresce a importância da responsabilidade civil desses profissionais.

As demandas contra os profissionais da saúde, clínicas e hospitais por erros no exercício da profissão têm aumentado significativamente nos últimos anos. A exigência é que seja considerado, nos termos do CDC (Código de Defesa do Consumidor), se de fato a relação é de consumo, e assim sendo, como se dá a responsabilidade: seria objetiva ou subjetiva? O fato é que deve ser verificado se a obrigação é de meio ou de resultado para responder a tal questão.

Conforme Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 2º, toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos e serviços como destinatário final é destinatária econômica de um bem ou serviço de fato. Neste sentido, não existem dúvidas de que o paciente se enquadra nessa definição.

Pelo artigo 3º da mesma lei, fornecedor é toda pessoa física e ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, que desenvolve atividade de serviços, produção, criação e distribui ou comercializa produtos e ou serviços. Não se discute, portanto, acerca do CDC aos serviços prestados pelos profissionais da saúde.

A palavra responsabilidade se define como a obrigação que tem a pessoa de arcar com as consequências de ações causadas a outrem, em outras palavras, incide obrigação em decorrência de violação dos direitos juridicamente protegidos por atos ilícitos.

Conforme essa abordagem, considera-se a responsabilidade do hospital ou clínica como objetiva, independentemente da culpa, e a do médico subjetiva, dependendo da culpa. De forma mais explicativa, quando o profissional da área médica comete um erro causando dano ao paciente, ele deve responder por isso, desde que seja comprovada sua culpa. Isso se chama responsabilidade subjetiva, e na esfera judicial são garantidos a ele o contraditório e ampla defesa.

A diferença entre a responsabilidade objetiva e subjetiva é que a primeira independe da comprovação do dolo ou culpa do agente causador do dano, já a subjetiva é aquela que depende da existência de dolo, ou seja, intenção ou culpa por parte do agente causador do dano. Caso aconteça o erro médico, o paciente tem obrigação de comprovar a existência do dano ou culpa (negligência, imprudência ou imperícia) do médico que o atendeu.

O STJ (Superior Tribunal de Justiça) pacificou o entendimento da relação contratual médico e paciente no que se refere à prestação de serviço em obrigação de meio, ressalvado nos casos de cirurgia

plástica estética, presunção em que a obrigação é de resultado (Resp. 819.008/PR) (NASCIMENTO, 2017).

Por fim, deve ficar clara a aplicabilidade do CDC nos serviços médicos, constituindo direito do paciente a informação sobre todos os riscos e consequências eventuais que possam ocorrer e a que será submetido. Em contrapartida, o médico tem o direito de se resguardar por meio de documentos, TCI (Termo de Consentimento Informado), passando todas as informações aos seus pacientes e solicitando sua assinatura para, em caso de ocorrerem eventuais ações judiciais, ser comprovado que todas as informações foram esclarecidas e repassadas. A informação garante o respeito à boa fé entre médico e paciente.

2.4.3 Responsabilidade hospitalar

Hospitais e clínicas no Brasil são responsáveis pelo desempenho de seus funcionários. Na verdade, é aconselhável responsabilizar os hospitais, em vez de médicos ou enfermeiros, uma vez que eles geralmente têm mais recursos para responder por danos (ARAÚJO; BARBOSA, 2017). No entanto, a responsabilidade do hospital por um erro do médico permanece subjetiva. A intenção, imperícia, imprudência ou negligência deve ser comprovada. Por outro lado, um hospital não é responsável por atos ilícitos causados por um médico que apenas aluga o espaço hospitalar para realizar uma cirurgia e não faz parte da equipe. Haverá uma responsabilidade objetiva, sem necessidade de comprovação de falha, quando esta surgir dos serviços relacionados ao serviço hospitalar, tais como: permanência do paciente, instalações, equipamentos auxiliares e serviços (enfermagem, instrumentação cirúrgica, higiene, vigilância, etc.) (SOUSA; SANTOS, 2021).

2.4.4 Responsabilidade laboratorial

Em relação aos laboratórios, eles são responsáveis por um resultado de teste errado. Os laboratórios são obrigados a fornecer resultados precisos. O paciente (consumidor) tem uma expectativa legítima de precisão nas conclusões elaboradas nos relatórios médicos, portanto, se o teste estiver errado, o paciente pode processar o laboratório.

Apesar disso, pelo fato de o médico do laboratório trabalhar apenas como funcionário do laboratório, mesmo ao assinar o exame, ele não responde por falso diagnóstico ao consumidor (paciente), pois não é considerado fornecedor (CORREIA-LIMA, 2012).

2.4.5 Responsabilidade do seguro de saúde

Se o contrato de seguro saúde estabelecer que o paciente pode escolher livremente os médicos e hospitais (livre escolha) e será reembolsado das despesas, a seguradora não tem responsabilidade por

um erro médico, pois não houve indicação de profissionais credenciados ou diretamente ligados à seguradora (SILVA JÚNIOR, 2021). Portanto, apenas o médico e/ou o hospital são responsáveis por um erro médico.

Por outro lado, se o plano de saúde mantém hospitais e emprega médicos ou indica uma lista em que o paciente tem que escolher, ele tem responsabilidade conjunta pelo mau atendimento com hospitais e médicos credenciados de acordo com o Princípio de Saúde, solidariedade entre provedores da mesma cadeia de fornecimento.

2.4.6 Responsabilidade da administração pública

Erros médicos ocorridos em hospitais públicos são de responsabilidade da Administração Pública que administra a instalação (Municipal, Estadual ou Federal) (ARAÚJO; BARBOSA, 2017). Embora no Brasil toda a Administração Pública seja responsável por garantir a assistência médica gratuita, cada divisão administrativa é responsável pelos danos causados sob sua vigilância (AZEVEDO et al., 2021). Por exemplo, o Governo Federal não é responsável por um erro médico que ocorreu no Hospital Municipal de determinada cidade, uma vez que é administrado pelo Município onde se encontra.

Ainda assim, os erros médicos ocorridos em um hospital privado que recebe recursos públicos por meio do Sistema Único de Saúde (SUS) são de responsabilidade do município, não do Estado ou da União. O Artigo 18, X, da Lei nº 8.080/1990 estabelece que o município é responsável por contratar com entidades privadas a prestação de serviços gratuitos de saúde e monitorar e avaliar sua implementação.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que a ocorrência de erros médicos não somente é histórica como está suscetível a ocorrer com qualquer profissional. Porém, as consequências advindas do erro médico mediante a importância de suas atividades e serviços podem custar a vida de uma pessoas.

Tal gravidade de erros pode resultar em processos judiciais contra os profissionais atuantes e demais envolvidos, como hospital, seguradoras e outros profissionais. Tais processos podem custar não somente valores monetários, mas também a reputação de profissionais e instituições.

Dessa forma, a gestão de risco surge como uma ferramenta que irá identificar a origem e causa dos problemas ocorridos para que sejam solucionadas. A gestão de risco envolve comprometimento de toda a equipe envolvida, muita comunicação e busca de conhecimento. Se dessa iniciativa os erros médicos podem ser previstos ou prevenidos, isso impactará diretamente os resultados obtidos pelo paciente, e, claro, não exigirá uma verificação de casos para processos judiciais.

Por fim, esta pesquisa não esgota o assunto em questão, deixando aberta a realização de estudos futuros. Sugere-se a realização de um estudo em que seja possível verificar em um hospital ou clínica a implementação de uma gestão de risco para que sejam comparados resultados nos casos de pacientes e também se os casos judiciais dos profissionais que ali atuam aumentaram, diminuíram ou se mantiveram estáveis.

REFERÊNCIAS

ABNT. **NBR ISO 31000 DE 03/2018**. Gestão de riscos - Diretrizes. Disponível em: <<https://www.normas.com.br/autorizar/visualizacao-nbr/28977/identificar/visitante>>. Acesso em: 07 fev. 2022.

ARAÚJO, Ana Thereza Thereza Meirelles; BARBOSA, Amanda Souza. Dano iatrogênico e erro médico: o delineamento dos parâmetros para aferição da responsabilidade. **Revista Thesis Juris**, v. 6, n. 1, 2017, p. 186-209.

AZEVEDO, Juliana Santos *et al.* Erro médico; a responsabilidade civil decorrente de danos estéticos e morais. **Caderno de Graduação-Ciências Humanas e Sociais-UNIT-SERGIPE**, v. 7, n. 1, 2021, p. 233-249.

BONNA, Alexandre Pereira; SÁ, Victória Vasconcelos. Responsabilidade civil do médico por erros ocasionados no uso da inteligência artificial. **Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva**. e-ISSN: 2526-0243. Encontro Virtual. v. 7. n. 1. Jan/Jul. 2021. p. 45-66.

BRANDÃO, Maria Girlane Sousa Albuquerque; BRITO, Odézio Damasceno; BARROS, Livia Moreira. Gestão de riscos e segurança do paciente: mapeamento dos riscos de eventos adversos na emergência de um hospital de ensino. **Revista de Administração em Saúde**, v. 18, n. 70, 2018.

BRASIL. **Código de defesa do consumidor, lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm>. Acesso em: 07 fev. 2022.

BRICKNELL, Martin C.M.; MOORE, G. W. Health risk management matrix-a medical planning tool. **BMJ Military Health**, v. 153, n. 2, 2007, p. 87-90.

CHEHUEN NETO, José Antônio *et al.* Erro médico: a perspectiva de estudantes de medicina e direito. **Revista brasileira de educação médica**, v. 35, 2011, p. 5-12.

CORREIA-LIMA, Fernando Gomes. **Erro médico e responsabilidade civil**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, Conselho Regional de Medicina do Estado do Piauí, 2012. p. 22.

DE ALMEIDA LIMA, Cássio *et al.* Gestão de risco hospitalar: um enfoque na qualidade e segurança do paciente. **Revista Eletrônica Gestão e Saúde**, n. 1, 2014. p. 2862-2876.

FARIA, Paula Lobato de. Perspectivas do Direito da Saúde em Segurança do Doente com base na experiência norte-americana. **Revista Portuguesa de Saúde Pública**, 2010, p. 81-88.

FUSARI, Mônica Köpsel; MEIRELLER, BETINA, Hörner Schlimdwein; LANZONI, Gabriela Marcelino de Melo; COSTA, Veridiana Tavares. Melhores práticas de liderança dos enfermeiros na gestão do risco hospitalar: estudo de caso. **Rev Gaúcha Enferm.**, 42 (esp), 2021.e20200194.

GOMES, Talita Rodrigues *et al.* O erro médico sob o olhar do Judiciário: uma investigação no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, v. 6, n. 1, 2017, p. 72-85.

HINRICHSEN, Sylvia Lemos *et al.* Gestão da qualidade e dos riscos na segurança do paciente: estudo-piloto. **RAHIS-Revista de Administração Hospitalar e Inovação em Saúde**, n. 7, 2011, p. 10-17.

LA PIETRA, L. *et al.* Medical errors and clinical risk management: state of the art. **Acta otorhinolaryngologica italica**, v. 25, n. 6, 2005, p. 339.

MENDONÇA, Vitor Silva; CUSTÓDIO, Eda Marconi. O erro médico e o respeito às vítimas. **Boletim de Psicologia**, v. 66, n. 145, 2016, p. 123-134.

NASCIMENTO, Gisele. **Responsabilidade civil do médico à luz do Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/269480/responsabilidade-civil-do-medico-a-luz-do-codigo-de-defesa-do-consumidor>>. Acesso em: 19 fev. 2022.

PENA, Mileira Moraes; MELLEIRO, Marta Maria. Eventos adversos decorrentes de falhas de comunicação: reflexões sobre um modelo para transição do cuidado. **Rev Enferm UFSM**, vol.8, n. 3, Jul./Set 2018, p. 616-625.

SILVA JÚNIOR, Amilton Paulino. Responsabilidade civil por erro médico a sua percepção jurídica e a devida aplicabilidade. **Revista Processus Multidisciplinar**, v. 2, n. 4, 2021, p. 1089-1110.

SILVA, Alexssandro da *et al.* **A gestão de riscos nos hospitais do Exército Brasileiro no nordeste do Brasil**: Uma análise descritiva. 2012. Tese de Doutorado. Centro de Pesquisas Aggeu Magalhães.

SOUSA, Abrão de; SANTOS, Luzineide Carvalho dos. A responsabilidade civil por erro médico no ordenamento jurídico brasileiro. **Multidebates**, v. 5, n. 3, 2021, p. 206-215.

SOUZA V.S.; INOUE K.C.; OLIVEIRA J.L.; FREITAS G.F.; BARLEM J.G.; MARCON S.S. *et al.* Desdobramentos judiciais do erro na enfermagem. **Acta Paul Enferm**. vol.32, n. 6,;2019. p.700-6.

VOLPE, Cris Renata Grou *et al.* Erros de medicação divulgados na mídia: estratégias de gestão do risco. **RAHIS-Revista de Administração Hospitalar e Inovação em Saúde**, v. 13, n. 2, 2016.

Obsolescência programada em equipamentos de saúde

Danny Fabrício Cabral Gomes¹

RESUMO

O presente artigo pretende analisar brevemente a relação entre obsolescência programada em equipamentos de saúde e a ofensa aos direitos humanos, passando pelo impacto negativo da obsolescência programada nos direitos humanos de ordem econômica e ambiental e de saúde, além de analisar a jurisprudência nacional sobre o tema e relatar sugestões de melhoria legislativa.

Palavras-chave: Obsolescência Programada. Direitos Humanos. Saúde. Meio Ambiente. Má-Fé.

¹ Advogado. Pós-graduando em Direito Médico e Odontológico pela UCA – Universidade Corporativa Anadem. Foi Secretário da Comissão do Novo Código Comercial do Conselho Federal da OAB e membro do comitê de *International Franchising* da IBA – International Bar Association.

ABSTRACT

This article aims to briefly analyze the relationship between obsolescence programmed in health equipment and the offense to human rights, passing negative impact of the programmed obsolescence in the human rights of economic and environmental and health, in addition to analyzing national jurisprudence on the subject and Report Legislative Improvement Suggestions.

Keywords: Obsolescence Program; Human Rights; Health; Environment; Bad Faith.

1 INTRODUÇÃO

O mercado de bens de consumo mudou radicalmente nas últimas décadas, sendo que em intervalos de tempo cada vez menores os métodos produtivos multiplicam a capacidade de geração de unidades produzidas (*goods*), bem como a variedade e o amplo espectro de qualidade dos produtos. Pode-se dizer que praticamente existe uma nova revolução industrial a cada década, com consequências cada vez maiores na forma como as pessoas interagem com os produtos comercializados, sendo que muitos desses bens passaram a ser verdadeiro objeto de culto por parte dos consumidores². Esses ficam ávidos à espera de uma nova versão do seu objeto de desejo, ainda que de fato, o produto recentemente comprado e que em breve será substituído não esteja obsoleto, aplicando-se tal evolução aos equipamentos de saúde, como próteses, sensores, scanners e marcpassos, dentre outros.

Na chamada Revolução Industrial ocorrida de forma contínua entre 1760 e 1840, o mundo ocidental viveu o fenômeno da urbanização, com a migração das classes pobres agrárias para as periferias dos centros urbanos europeus e norte-americanos, onde passaram a integrar a classe operária, produzindo bens de produção massiva, e sendo, em alguns casos, também consumidores desses bens.

Esse poderoso círculo virtuoso gerou imensa repercussão econômica no mundo ocidental, sendo que os trabalhadores começaram a exigir mudanças sociais e salariais de forma a poderem também participar do universo consumista que ajudaram a criar, primeiro buscando acesso a itens de necessidade básica, como comida, vestuário e ferramentas, e posteriormente com os demais itens de consumo ordinariamente oferecido a todos, de acordo com o seu gradual poder aquisitivo.

À medida que o tempo passou, o mundo foi transformado por grandes guerras, revoluções políticas e culturais, imenso avanço tecnológico e social, podendo-se dizer que a tecnologia efetivamente permitiu a criação de produtos com maior índice de durabilidade, permitindo a sua efetiva utilização pelo consumidor por muitos anos. Entretanto, talvez não seja mais assim, pois os produtos hoje comercializados parecem estar destinados a um tempo de vida útil cada vez menor, vinculados a um *momentum* ínfimo de existência, aparentando ser produzidos não para a durabilidade, mas sim para a efemeridade.

Antigamente, os utensílios de cozinha, as ferramentas, as carroças e até as roupas normalmente fabricadas localmente eram repassadas para as gerações futuras, que, trabalhando, ajudavam a construir suas nações utilizando por longo período os produtos adquiridos. Hoje, os produtos têm uma vida cada vez menor, e sua produção e venda não servem para enriquecer diretamente as nações, mas sim corporações transnacionais, que fabricam as partes do produto em diferentes países, maximizando, assim, seus lucros de acordo com as características de custos tributários e trabalhistas de cada lugar.

Como a situação econômica dos países, das empresas e das pessoas é hoje tremendamente volátil, os produtos são reinventados praticamente de forma diária, impondo-se muitas vezes uma ob-

² Dispõe o art. 2º do CDC: Art. 2º. Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que aja intervindo nas relações de consumo.

solescência programada travestida de inovação tecnológica. Assim, os produtos são fabricados para que não durem muito, tendo um prazo de validade curto e certo.

Poderia se dizer que a obsolescência programada teria um componente positivo, qual seja, garantir em tese o perene mercado de trabalho aquecido, pois, na medida em que um bem de consumo durasse demasiado, os trabalhadores que o fabricam ficariam logo sem trabalho, pois a demanda em pouco tempo se extinguiria, minando o virtuoso ciclo econômico de produção e venda, pois praticamente não haveria necessidade de reposição dos produtos.

Entretanto, tal argumento é uma falácia, pois inibe a inovação e, por conseguinte, o progresso econômico e social, o que se agrava em casos de equipamentos de saúde com utilização médico-hospitalar ou ambulatorial, pois a obsolescência programada atenta contra o mais sagrado dos direitos humanos fundamentais, o direito à vida.

Este artigo tem como objetivo levantar algumas reflexões de cunho antropológico e jurídico a respeito da obsolescência programada dos bens de consumo, tendo por estímulo reflexivo os seus deletérios impactos não apenas no sistema de proteção ao consumidor e a sua saúde, mas também ao meio ambiente e, por conseguinte, aos direitos humanos de última geração.

2 OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA E OFENSA AOS DIREITOS HUMANOS

A sociedade atual (capitalista e consumista na sua essência) endeusa a “coisa”, o produto, num processo de retroalimentação constante gerado por um ciclo infinito de consumo. Segundo Karl Marx (s.d.), as mercadorias possuem um caráter de feitiço sobre o homem:

O caráter misterioso da mercadoria assenta, pura e simplesmente, em que proteja ante os homens o caráter social dos seus trabalhos como se fosse um caráter material dos próprios produtos do trabalho, um dom social natural desses objetos; e como se, portanto, a relação social que media os produtores e o trabalho coletivo da sociedade, fosse uma relação social estabelecida entre os próprios objetos, à margem dos seus produtores. Este quid pro quo é que converte os produtos do trabalho em mercadoria, em objetos fisicamente metafísicos ou em objetos sociais (...). Ocorre que a forma mercadoria e a relação de valor do produto do trabalho, em que essa forma toma corpo, não tem absolutamente nada a ver com seu caráter físico, nem com as relações materiais que derivam desse caráter. O que aqui toma, aos olhos dos homens, a forma fantasmagórica de uma relação entre objetos materiais não é mais do que uma relação social concreta estabelecida entre os próprios homens. Assim, se quisermos encontrar uma analogia com esse fenômeno, precisamos elevar-nos às regiões nebulosas do mundo da religião, onde os produtos da mente humana assemelham-se a seres dotados de vida própria, de existência independente, mantendo tantas as relações entre si como com os homens. Isto é o que ocorre no mundo das mercadorias, com os produtos da mão do Homem. E isso é o que eu chamo de fetichismo que adere aos produtos do trabalho, tão logo são criados sob a forma de mercadorias, e que é inseparável, por conseguinte, desse sistema de produção.

O tema da obsolescência não é novo, sendo que o chamado “prêt à jeter”, que em vernáculo significa pronto a jogar fora, já vem sendo enfrentado pela doutrina brasileira. Como bem escre-

ve Maria Beatriz Oliveira Silva (2012), a obsolescência programada é comum desde 1920, quando um cartel teria instituído a chamada “Conspiração da Lâmpada”, e simplesmente os fabricantes do mundo todo decidiram que uma lâmpada não pode durar mais do que 1.000 horas, muito embora a tecnologia de então já capacitasse os inventores à criação de produtos mais duráveis. Com a redução da vida útil, as empresas garantiriam consumidores para os seus produtos, pois que a longa durabilidade impactava as vendas.

Nos dias atuais, a Apple é famosa por atualizar anualmente seus aparelhos, o que gera um frenesi periódico de consumidores fazendo fila nas lojas da conceituada empresa para atualizarem a sua gama de produtos. A mesma Apple responde em juízo por ter tornado obsoleto os seus iPhones 4S que não são atualizados para o sistema operacional mais moderno, respondendo a uma ação coletiva nos Estados Unidos³ superior a US\$ 5 milhões⁴ por danos a consumidores, bem como em 2004 respondeu a outra ação coletiva em razão da curta vida útil das baterias de seu produto iPod⁵.

Conforme Silva (2012):

Com a crise de 1929 e a conseqüente queda do consumo, a obsolescência programada se consolidou como uma estratégia da indústria para retomar o crescimento. O economista Bernard London foi o primeiro a teorizar sobre a prática, publicando, em 1933, o livro “The New Prosperity”⁶. O primeiro capítulo deixa claro: “Acabando com a depressão através da obsolescência programada”, sugerindo que, se as pessoas continuassem comprando, a indústria continuaria crescendo e todos teriam emprego, chegando mesmo a defender a proposição de que a obsolescência programada fosse obrigatória (transformada em lei) o que, finalmente, não veio a acontecer.

Segundo Marchetti (2006), a Revolução Industrial e a crise de 1929 favoreceram a produção em larga escala. Nos anos 30, a difícil disputa pela conquista do mercado consumidor criou um contexto favorável para o surgimento da obsolescência, que é o fato ou o processo de se tornar obsoleto. No aspecto econômico, é a perda de valor que um bem sofre em resultado do progresso técnico ou da evolução dos comportamentos. A obsolescência é uma ocorrência que afeta diretamente o produto e a todos relacionados a ele, especialmente os consumidores e produtores.

A partir daí a obsolescência programada se tornou uma prática usual, consolidando-se como uma estratégia de retomada do crescimento, como nos ensina Palomares (2016).

Obviamente, toda empresa almeja que seus produtos sejam desejados ferozmente por seus consumidores, sendo brevemente substituídos por outro produto também por ela fabricado, sendo pertinente a respeito a lição de Bauman (2008):

Entre as maneiras com que o consumidor enfrenta a insatisfação, a principal é descartar os objetos que a causam. A sociedade de consumidores desvaloriza a durabilidade, igualando “velho” a “defasado”, impróprio para continuar sendo utilizado e destinado à lata de lixo. É

3 Disponível em: <<https://www.theguardian.com/business/2016/feb/08/apple-under-pressure-lawyers-error-53-codes>>.

4 Disponível em: <<http://www.pymnts.com/news/2015/apple-faces-manufactured-obsolescence-lawsuit/>>.

5 Disponível em: <http://bankrupt.com/CAR_Public/040816.mbx>.

6 LONDON, 1933.

pela alta taxa de desperdício e pela decrescente distância temporal entre brotar e o murchar do desejo que o fetichismo da subjetividade se mantém vivo e digno de crédito, apesar da interminável série de desapontamentos que ele causa. A sociedade de consumidores é impen-sável sem uma crescente indústria de remoção do lixo. Não se espera dos consumidores que jurem lealdade aos objetos que obtêm com a intenção de consumir.

A obsolescência pode ser programada ou planejada, sendo que no primeiro caso o bem para de funcionar e, na segunda, o bem continua funcionando perfeitamente, mas se encontra obsoleto diante do advento de novo produto tecnologicamente melhor.

Como nos ensinam Cabral e Rodrigues (2008):

A obsolescência programada consiste na “redução artificial da durabilidade de um bem de consumo, de modo a induzir os consumidores a adquirirem produtos substitutos dentro de um prazo menor e, conseqüentemente, com uma maior frequência, do que usualmente fariam”. Tal redução da durabilidade não se resume apenas a uma menor duração de um produto, mas também a perda ou redução de sua utilidade depois de determinado período de tempo.

Dessa forma, o consumidor é sempre estimulado a consumir de forma frequente, violando, assim, o que expressamente dispõe o artigo 6º, nos seus incisos II, III e IV, do Código de Defesa do Consumidor⁷.

Assim, a obsolescência programada cria no consumidor um sentimento de urgência na compra, devendo, portanto, ser coibida, pois o consumidor se torna cada vez mais vulnerável e fragilizado diante da vertiginosa velocidade de lançamentos de produtos. A estimulação do comportamento de consumo pelo simples consumo é, em última instância, deletério para a própria economia, sendo um verdadeiro ato de má-fé.

Palomares (2106) nos ensina que encurtar a vida do produto, de forma que se torne obsoleto ou que cause no consumidor a (falsa) percepção de que se tornou obsoleto em razão de uma nova versão ou de um novo produto lançado, com o intuito de forçá-lo a substituir o que já tem pelo supostamente mais moderno, alimentado na insatisfação constante provocada pelo sentimento de desatualização se a compra não acontecer, é uma prática econômica perversa e nociva nas relações de consumo e que deve ser enfrentada pelo Direito.

O Direito e a Economia sempre andaram juntos. Locke (2005) afirmou que a propriedade somada ao trabalho alcança um enorme valor a ser atribuído pelo comércio, razão pela qual é necessário que o Estado garanta aos homens a tranquilidade necessária para que usem a terra para produzir e para que se apropriem dos seus frutos que, por sua vez, serão objeto de troca e, conseqüentemente, permitirão o acesso a bens de melhor qualidade e em maior quantidade do que se não houvesse a propriedade privada.

⁷ “Art. 6º. São direitos básicos do consumidor: (...)

- a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;
- a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;
- a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;”

Segundo Stjan (2005), a Análise Econômica do Direito (*Law and Economics*) foi fundada com a publicação da obra “Economic Analysis of Law” de Richard Posner (2010), e se preocupa com a maximização de bem-estar da sociedade sob a ótica de alocação racional de recursos conforme as preferências individuais, possuindo duas correntes: a positivista, responsável pela descrição dos fenômenos sociais à luz da influência da Economia e das normas jurídicas; e a normativista, que procura aperfeiçoar as instituições jurídicas com vistas à melhor alocação de recursos.

A Análise Econômica do Direito (AED) busca a maximização da riqueza, que, segundo Posner (2010), seria um princípio moral mais defensável, pois fornece bases mais sólidas para uma teoria da justiça distributiva e corretiva. Contrapondo-se a esse pensamento, Sgarbossa (2014), por sua vez, entende que a Análise Econômica do Direito, ao defender que a racionalidade jurídica deve se pautar preponderantemente pela maximização da utilidade (econômica) ou do lucro ou riqueza, arrefece os direitos e as garantias fundamentais:

A difusão de tal pensamento, seja nos meios acadêmicos especializados, seja pela profusão em massa de tal ideário através da mídia, seja através de outros meios menos evidentes, tem por efeito solapar a legitimidade social dos direitos humanos fundamentais, minando-lhes os fundamentos. Além disso, os tecnocratas dentro do Estado acabam por se ver imersos em tal ideário de forma crescente, e o próprio Estado, constrangido pelas manifestações de poder extraestatal referidas vê-se tolhido de efetiva autonomia e poder decisório. Desse modo, a ação estatal no sentido de cumprir normas jurídico-constitucionais e internacionais instituidoras de direitos e garantias fundamentais, especialmente os direitos econômicos e sociais, vê-se arrefecida e paralisada.

Ribeiro e Galeski Júnior (2009) definem a Análise Econômica do Direito (AED) da seguinte maneira:

Portanto, a Análise Econômica do Direito é essencialmente um movimento interdisciplinar, que traz para o sistema jurídico as influências da ciência social econômica, especialmente os elementos valor, utilidade e eficiência. Busca aplicar seu método a todas as searas do direito, apresentando um novo enfoque de forma dinâmica – desde aquelas em que é fácil vislumbrar a inter-relação, como o direito da concorrência e contratos mercantis – até naquelas em que causa maior estranheza para o jurista, como no direito penal e nas relações familiares.

Segundo Melo (s.d.), a Análise Econômica do Direito é, na realidade, uma interdisciplinaridade que pretende transplantar e aplicar conceitos e paradigmas da ciência econômica para as diversas áreas do Direito, tendo como foco os elementos de valor, utilidade e eficiência. Assim, a Análise Econômica do Direito é a aplicação, na esfera jurídica, de conceitos e teorias trazidas da ciência econômica, visando traduzir os elementos jurídicos em termos econômicos visando à eficiência.

No Brasil, o Princípio da Eficiência foi constitucionalmente previsto no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal⁸, que dispõe:

8 BRASIL. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

No Brasil, ganhou imensa repercussão o caso das máfias das próteses, citada por Martarello (s.d.):

No Brasil, há 302.610 óbitos relacionados a condições adquiridas nos hospitais (Couto et al., 2017), ou seja, esta seria a segunda maior causa de morte no país. Falhas gerenciais e/ou operacionais na saúde acarretam gastos milionários, sem contar os custos sociais. Em uma única ação do Tribunal de Contas do Distrito Federal, foi constatado que a ineficiência na gestão de órteses, próteses e materiais médicos especiais (OPMEs) causou, em dois anos, um prejuízo de R\$ 75 milhões aos cofres públicos (Distrito Federal, 2015).

Para piorar o cenário, a área da saúde tem sido usada para prosperidade fraudulenta de agentes particulares. A Máfia das Próteses é um sofisticado esquema criminoso organizado para fraudar procedimentos cirúrgicos, com o objetivo de induzir a demanda por serviços e dispositivos médicos. Estas ações ocorreram tanto no sistema público de assistência médica, quanto no privado, concentrando-se, principalmente, em áreas que contam com o uso de OPMEs.

E mais adiante:

Em decorrência desta empreitada pela maximização da remuneração e dos benefícios pessoais o poder de compra do Estado via compras governamentais foi deturpado, houve perda de recursos em cirurgias desnecessárias, lesão à saúde pública e foram criados custos de agência⁹. O superfaturamento e as cirurgias desnecessárias não só contribuíram para a elevada mensalidade dos planos de saúde, como tornaram infrutífera parte da renúncia fiscal empreendida pelo Estado em gastos com saúde privada. Em 2012, por exemplo, o gasto tributário foi de R\$ 24,4 bilhões, 8 Não se trata, aqui, de um evento adverso. 9 Toda ação planejada de assistência pelo desvio do processo de cuidado, estabelecimento de um plano terapêutico errado, ou pela não conclusão de um procedimento executado, visando algum objetivo monetário (Reason, 2000; Reason, 2001 apud Couto et al., 2017). 10 Despesas de monitoramento, com seguros, e perdas residuais. Em alguns procedimentos, são utilizados os “fiscais de cirurgia”, que são médicos contratados pelos planos de saúde para assegurar que o procedimento é realizado corretamente. 11 Pontua-se, aqui, a inconsistência lógica do mecanismo, uma vez que não há limite para o gasto, o que está relacionado com a obtenção de um serviço concentrado e de mercado. isto é, igual a aproximadamente 23% do orçamento do SUS. Essa constatação reforça que a renúncia fiscal é um mecanismo que prejudica a universalização, ou seja, um obstáculo para o financiamento do Sistema Único de Saúde¹⁰.

Sobre os aspectos intrínsecos à profissão médica, verifica-se um conjunto de ações contra a saúde pública e contra a missão da medicina ao atentar contra o zelo pelo prestígio da profissão, não respeitar o paciente e usar de seus conhecimentos para causar sofrimento. Além

9 Despesas de monitoramento, com seguros, e perdas residuais. Em alguns procedimentos, são utilizados os “fiscais de cirurgia”, que são médicos contratados pelos planos de saúde para assegurar que o procedimento é realizado corretamente. 10 Pontua-se, aqui, a inconsistência lógica do mecanismo, uma vez que não há limite para o gasto, o que está relacionado com a obtenção de um serviço concentrado e de mercado.

disso, há atividades que são graves infrações ao Código de Ética Médica, uma vez que ao profissional é vedado: causar dano ao paciente (Art. 1); indicar atos desnecessários (Art. 14); utilizar da profissão para cometer ou favorecer crimes (Art. 30); elevar a gravidade da avaliação clínica, complicar o tratamento e exceder-se no número de procedimentos ao paciente (Art. 35); exercer de forma mercantil a medicina (Art. 58); aceitar remuneração por procedimento não realizado (Art. 59); realizar dupla cobrança pelo ato não executado (Art. 66); praticar medicina em associação com empresas fabricantes de itens para o trabalho médico e/ou obter vantagem desta relação (Art. 68 e 69) (CFM, 2010).

Para Pereira (s.d.), o elevado custo de substituição de alguns equipamentos médicos é o principal empecilho para sua substituição:

A gestão de equipamentos médicos intensivos em tecnologia, especialmente equipamentos de diagnóstico e tratamentos por imagem, tem recebido atenção de Estabelecimento de Assistência à Saúde (EAS) devido ao seu considerável impacto social e econômico. A necessidade de elevados investimentos, assim como custos de manutenção, operação e receita classifica a área destes equipamentos como crítica pela alta direção dos Estabelecimentos de Assistência à Saúde, de maneira que manter os equipamentos disponíveis torna-se um grande desafio do serviço de engenharia clínica. A deficiência em estudos baseados na engenharia de confiabilidade para análise de ciclo de vida de equipamentos médicos incitou o desenvolvimento deste estudo, onde por meio da abordagem probabilística com os dados de histórico de falhas, associados a fatores econômicos como contrato de manutenção, custo de aquisição e revenda, é possível analisar o horizonte de tempo em que é viável manter a mesma máquina e quando deve substituí-la por uma nova.

A avaliação do ciclo de vida de bens de capital tem ganhado importância nas decisões estratégicas para alta administração das empresas. Observar até quando se torna viável manter o mesmo equipamento em funcionamento por meio de investimento em manutenção e reposição de peças ou optar pela substituição completa do equipamento por um novo requer uma análise da interação entre parâmetros, dados e informações, visto que a ordem de grandeza destes investimentos pode superar milhões de reais.

[...]

2.1.3 Obsolescência de equipamentos médicos A fase de abandono ou desativação de um equipamento contempla a análise de obsolescência de uma tecnologia. De acordo com Katz (1998) e Oliveira (2002), os fatores que influenciam a substituição de equipamentos médicos partem de uma política interna institucional, e também estão relacionados à prática clínica que observa e avalia a possibilidade de manter o equipamento desempenhando suas funções em segurança para os pacientes e operadores, em relação às questões técnicas, de mercado, sociais e éticas. Segundo Burmester, Hermini & Fernandes (2013), alguns aspectos genéricos podem ser utilizados pelo EAS de forma mais geral e direta para justificar a desativação de um EMH. Tais aspectos podem ser segregados em três grupos: Elevado custo de manutenção, Obsolescência tecnológica e Quebra sem condições de recuperação. Com o Elevado custo de manutenção, associa-se o custo acumulado de reparos realizados em equipamentos sendo superior a 30% do custo de aquisição de um novo equipamento com semelhanças técnicas,

além disto, o custo excessivo dos insumos necessários à utilização é um fator que pode determinar, na prática, a opção de desativação de determinados equipamentos. Em relação à Obsolescência tecnológica cita-se a incompatibilidade entre a capacidade do equipamento e demanda do serviço, o tempo de uso do equipamento, a reincidência de problemas intrínsecos ao uso e manuseio do aparelho, longos períodos fora de operação e não atendimento às normas e legislações aplicadas aos EAS. E por fim, a Quebra sem condições de recuperação está relacionada à indisponibilidade de peças e serviços que retornem o equipamento a desempenhar suas funções conforme esperado. Além dos aspectos mencionados, para equipamentos de alta complexidade, análises mais concretas e minuciosas devem ser realizadas a fim de garantir a determinação de desativação de um equipamento, visto que o custo para substituição de aparelhos de grande porte pode ser extremamente alto. No caso do aparelho de ressonância magnética, por exemplo, o valor de aquisição no mercado pode exceder três milhões de reais.

Outro viés econômico da obsolescência programada em equipamentos de saúde a ser analisado é o custo da litigiosidade decorrente das falhas de atendimento médico-hospitalares decorrentes do mau funcionamento dos equipamentos de saúde.

A obsolescência programada não é economicamente eficiente para a sociedade, gerando riqueza apenas para as empresas que a praticam, numa política industrial e comercial que semeia a litigiosidade, contribuindo para um ambiente hostil à prosperidade e um custo absurdo de manutenção da máquina judiciária que está muito distante do ideal jurídico-econômico de eficiência, com reflexos diretos na qualidade dos direitos humanos, na medida em que drena recursos públicos que poderiam ser utilizados para a resolução de outras necessidades, e causa mortes e agravamento de doenças.

Segundo dados do CNJ – Conselho Nacional de Justiça – em seu relatório “Justiça em Números 2021”¹¹, as despesas totais do Poder Judiciário brasileiro em 2020 somaram aproximadamente R\$ 100,6 bilhões. Essa despesa equivale a 1,3% do Produto Interno Bruto (PIB) nacional, a 11% dos gastos totais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios a um custo pelo serviço de justiça de R\$ 475,51 por habitante.

Desta forma, o Estado deveria cobrar das empresas que praticam a obsolescência programada em equipamentos de saúde todos os gastos com a utilização da máquina judicial para coibir e punir tal prática danosa, sem que isso negue vigência ao princípio constitucional da livre iniciativa ou qualquer ofensa ao direito de propriedade, que, inclusive, deve ser exercido observado sua função social.

Timm (2008) ensina que o Direito Constitucional deve ser lido sob o lume da Análise Econômica do Direito para que não haja inefetividade dos próprios direitos fundamentais, afirmando que a eficiência não é apenas um valor para os economistas, mas que é um dever do Estado, bem como é noção de caráter imperativo.

A análise econômica do Direito também deve levar em consideração sua direta relação com os direitos humanos. Cúcial, nesse sentir, é o ensinamento de Hobsbawm (2015), para quem a Constituição Federal Brasileira estipulou como postulado da Ordem Social o direito à saúde, ao prever em seu art. 196:

¹¹ Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>>.

Art. 196 - A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Percebe-se que a norma constitucional em comento impõe ao Estado o dever de implementar políticas públicas sociais e econômicas que possibilitem ao cidadão o acesso universal e igualitário às ações e serviços para a recuperação da saúde. É evidente que essa norma constitucional deve ser interpretada não de forma estanque, mas em conjunto com todas as demais insculpidas na Carta Constitucional (interpretação sistemática), além de buscar no conteúdo a sua essência (interpretação ontológica) e finalidade (interpretação teleológica).

Esse exercício intelectual foi realizado com maestria por José Afonso da Silva (2006), cujos irretocáveis ensinamentos merecem citação:

[...] podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real [...].

Fácil constatar de tais lições que os direitos sociais constantes da Constituição Federal não servem tão somente de vetores para o desenvolvimento de políticas públicas (normas constitucionais programáticas), mas também criam direitos subjetivos fundamentais aos cidadãos, cuja eficácia é plena, e a aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º, da CF/1988).

Naquilo que se refere ser direito inerente a todo ser humano, de forma, natural, inalienável, irrenunciável e imposterável, sua inviolabilidade está garantida por nossa Constituição Federal, por meio dos seus arts. 5º, *caput* e 6º, que são transcritos, em parte:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida [...].

Art. 6º - São direitos sociais a educação, a saúde [...].

Nesse sentido, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça¹². Da relevância desse direi-

12 ADMINISTRATIVO - MOLÉSTIA GRAVE - FORNECIMENTO GRATUITO E MEDICAMENTO - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - DEVER DO ESTADO - MATÉRIA FÁTICA DEPENDENTE DE PROVA. 1. Esta Corte tem conhecido aos portadores de moléstias graves, sem disponibilidade financeira para custear o seu tratamento, o direito de receber gratuitamente do Estado os medicamentos de comprovada necessidade. Precedentes. 2. O direito à percepção de tais medicamentos decorre de garantias previstas na Constituição Federal, que vela pelo direito à vida (art. 5º, *caput*) e à saúde (art. 6º), competindo à União, Estados, Distrito Federal e Municípios o seu cuidado (art. 23, II), bem como a organização da seguridade social, garantindo a “universalidade da cobertura e do atendimento” (art. 194, parágrafo único, I). 3. A Carta Magna também dispõe que “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (art. 196), sendo que o “atendimento integral” é uma diretriz constitucional das ações e serviços públicos de saúde (art. 198). (...)” (STJ. RMS nº 28.338/MG - Segunda Turma. Rel. tora Ministra Eliana Calmon. Julgamento 2.6.2009).

to, que há de ser preservado em quaisquer circunstâncias, resta evidenciada a necessidade de se combater a obsolescência programada em equipamentos de saúde.

3 O IMPACTO AMBIENTAL DA OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA

Renner (s.d.) nos ensina que a obsolescência programada também tem efeitos nocivos não somente nos direitos difusos e coletivos do consumidor, constitucionalmente garantidos no artigo 5º, XXXII, da Constituição da República¹³, mas também ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, expressamente previsto no artigo 225 da Carta Magna¹⁴, fazendo uma ligação entre o excesso de consumo e os danos ambientais.

A preocupação com o meio ambiente exige que se observe, também, regras de descarte de produtos sólidos, especialmente aqueles que possuem substâncias tóxicas e que podem ser prejudiciais ao meio ambiente.

A preocupação com o meio ambiente sustentável é relevante, também, quando se considera que se vive na época de consumismo. Sobre o tema, esclarece Erik Assadourian: “O economista britânico Paul Ekins descreve o consumismo como uma orientação cultural em que ‘a posse e uso de um número e de uma variedade crescentes de bens e serviços são a principal

13 “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;”

14 “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º. Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade.

Notas:

§ 2º. Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º. As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

§ 4º. A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

§ 5º. São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§ 6º. As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.”

aspiração cultural e o caminho tido como de maior certeza rumo à felicidade pessoal, status social e sucesso nacional'. Simplificando: o consumismo é um padrão cultural que faz com que as pessoas encontrem significado, satisfação e reconhecimento principalmente através do consumo de bens e serviços. Embora isso assuma formas diversas em diferentes culturas, o consumismo leva as pessoas de qualquer lugar a associar níveis elevados de consumo a bem-estar e sucesso. (ASSADOURIAN, 2010)

Ao tratar deste tema sob a perspectiva de externalidades negativas produzidas pelo processo de produção e de consumo, Greice Moreira Pinz atenta justamente para o aspecto acima mencionado:

“Uma das formas pelas quais as atividades econômicas e, em particular o modo de produção industrial, impactam o meio ambiente é a geração de resíduos. O modo linear de produção, tradicionalmente desenvolvido e adotado pela (ainda) esmagadora maioria das indústrias, inicia-se com a extração de recursos da natureza para que estes, submetidos ao processo de industrialização, transformem-se em produtos colocados no mercado. Esses produtos, de regra, não são inteiramente absorvidos pelo consumo, pois ainda que se trate de bens consumíveis e ocorra sua fruição integral, haverá, na maioria das vezes, a embalagem, a parcela não aproveitável, o subproduto remanescente.

(...) Esse processo é acelerado pela obsolescência precoce – que serve ao aquecimento da economia e à maximização dos lucros – projetada desde o *design* do produto, seja efetiva (esvaziamento da utilidade pelo desgaste dos materiais que o compõe) ou meramente percebida (pela avaliação subjetiva de que o bem se tornou indesejável, ainda que mantenha sua funcionalidade). (...) A residualidade precoce, portanto, ao mesmo tempo em que serve à aceleração do ciclo de produção e consumo, beneiciando, assim, a economia (tomada em sua acepção tradicional), acelera também o processo de exaurimento dos recursos naturais, seja pela extração destes, seja pelo impacto decorrente do lançamento de resíduos no ambiente.

As normas constitucionais que protegem o meio ambiente no Brasil são complementadas, dentre outras, pela Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/1981)¹⁵, da Política Nacional sobre Mudança do Clima (Lei 12.187/2009)¹⁶ e da Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei 12.305/2010)¹⁷, todas de alguma forma relacionadas com a prática da obsolescência programada.

Não há como se afastar a relação direta entre o consumismo desenfreado e a obsolescência programada e suas nefastas consequências para o meio ambiente como nos lembra Alfredo Ribeiro (s.d.):

(...) Esta postura epistemológica permite que vislumbremos o fenômeno do consumo como ele realmente é: causa necessária e suficiente de inúmeros efeitos negativos externos à relação fornecedor-consumidor. Do mesmo modo, esta ótica permite enxergá-lo para além das relações meramente lineares (massificadas ou não), baseadas no binômio fornecedor- consu-

15 BRASIL. Lei no 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e Mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm>. Acesso em 10/02/2022.

16 BRASIL. Lei no 12.187, de 29 de dezembro de 2009. Institui a Política Nacional sobre Mudança do Clima –PNMC e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12187.htm>. Acesso em 10/02/2022.

17 BRASIL. Lei no 12.305, de 02 de agosto de 2010. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei n.9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm>.

midor, contextualizando-o doravante dentro das nas atuais relações em rede (DUPAS, 2003). O consumo está, assim, indissociavelmente interligado a toda a complexa rede de relações humanas, sociais, econômicas e ambientais que lhe antecedem e lhe sucedem, não podendo doravante continuar visto apenas como um simples negócio jurídico limitado às partes que nele intervieram. Portanto, as relações submetidas ao regime jurídico consumerista devem evoluir do modelo linear – cujos sujeitos se limitam aos fornecedores e consumidores – para uma nova representação que considere todas as pessoas que sofrem as externalidades negativas anteriores ao consumo (exaurimento dos recursos naturais que servem de matérias-primas, emissão de gases e líquidos tóxicos oriunda da produção, etc.) e posteriores a ele (resíduos sólidos do consumo, chorume, líquido percolado, gás metano, etc.). Qualquer direito que se proponha fundamental necessariamente deve estar comprometido com a proteção da vida e do equilíbrio ambiental que a viabiliza para as gerações presentes e futuras. A teoria consumerista, portanto, deve abandonar os parâmetros metodológicos que instrumentalizam o Direito do Consumidor para fins mercadológicos, pautando-se doravante por uma epistemologia voltada à minoração dos efeitos do consumo sobre o meio ambiente.

Desta forma, impõe-se a conscientização para a ocorrência de um consumo ambientalmente sustentável como nos lembra Miragem (2013):

Desde a perspectiva de ordenação do mercado de consumo, assim, são de grande relevância as iniciativas que ao impor deveres aos fornecedores, também atuam na promoção de comportamentos ambientalmente adequados. É o caso da diferenciação de produtos e serviços em face de processos produtivos ambientalmente adequados e certificados por selos ambientais, ou mesmo o dever de informar do fornecedor em relação a produtos que ofereçam riscos, mesmo que desconhecidos, simultaneamente ao consumidor e ao meio ambiente.

Assim, por qualquer ângulo que se mire a obsolescência programada de equipamentos de saúde, esta é deletéria para a economia, para o meio ambiente e ainda ofende os direitos humanos essenciais.

Na jurisprudência nacional o *lead case* sobre a obsolescência programada e impacto ambiental é o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 101, julgada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em junho de 2009, tendo como relatora a Ministra Carmem Lúcia Antunes Rocha¹⁸.

No referido julgado o STF entendeu que a legislação que proíbe a importação de pneus usados é constitucional. A ADPF 101 foi proposta pelo presidente da República, por intermédio da Advocacia Geral da União, questionando decisões judiciais que permitiram a importação de pneus usados. A AGU pedia ao Supremo a declaração da constitucionalidade de normas em vigor no país que proíbem essa importação. O governo utilizou como principal fundamento o artigo 225 da Constituição Federal (CF), que assegura a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ameaçado pela incineração e pelo depósito de pneus velhos.

18 Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=110046>>.

Entendeu a Ministra Carmem Lúcia que os princípios constitucionais do desenvolvimento sustentável, da equidade e da responsabilidade intergeracional compreendem o crescimento econômico e a saúde da população atual e futura, desta forma, a ocorrência de uma crise econômica não pode servir para descumprir esses preceitos constitucionais, e, de acordo com o art. 170, VI, da Constituição, a ordem econômica constitucionalmente definida consolida o meio ambiente como um dos fundamentos a serem respeitados. Isso se harmoniza com os demais princípios constitucionais da ordem econômica, pois o nosso sistema constitucional se conforma em sua integridade.

O ministro Eros Grau apresentou seu voto-vista no sentido de acompanhar o voto da relatora. Ele fez considerações sobre a ponderação de princípios, ressaltando que essa se dá pelo “subjetivismo de quem a opera”. “Princípios de Direito não podem ser ponderados entre si, apenas valores podem ser submetidos a essa operação. Os princípios são normas, mas, quando estão em conflito com eles mesmos, são valores”, ensinou Grau. O ministro salientou que por vezes pode haver grave incerteza jurídica em razão da técnica da ponderação entre princípios relativos aos conflitos entre direitos fundamentais, pois a opção por um e não por outro é perigosa e ocorre de acordo com o intérprete.

O ministro Ricardo Lewandowski também acompanhou a relatora. Ele frisou que o voto da ministra Carmen Lúcia proíbe a importação de qualquer pneu, inclusive aqueles vindos da América do Sul. Os ministros Joaquim Barbosa e Carlos Ayres Britto também votaram pela parcial procedência do pedido. Ayres Britto disse que a importação se refere a um lixo ambiental e que o Brasil seria uma espécie de quintal do mundo, o que traria ao país graves danos ao bem jurídico da saúde, o qual a Constituição Federal classifica como de “primeira grandeza”.

De forma contrária, votou o ministro Marco Aurélio, que julgou improcedente o pedido formulado. Para ele, vigora no Brasil o princípio da legalidade, segundo o qual “ninguém é obrigado a fazer alguma coisa ou deixar de fazer senão em virtude de lei”. Dessa forma, observou que não existe lei que proíba o livre exercício de qualquer atividade econômica, isto é, a livre concorrência, “que parece ser muito temida pelas fabricantes de pneus”. Ele ressaltou que o preço dos pneus remoldados são mais acessíveis “aos menos afortunados”.

Percebe-se que o acórdão¹⁹ trata sobre o desenvolvimento sustentável em diversas passagens,

19 “EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: ADEQUAÇÃO. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE. ARTS. 170, 196 E 225 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CONSTITUCIONALIDADE DE ATOS NORMATIVOS PROIBITIVOS DA IMPORTAÇÃO DE PNEUS USADOS. RECICLAGEM DE PNEUS USADOS: AUSÊNCIA DE ELIMINAÇÃO TOTAL DE SEUS EFEITOS NOCIVOS À SAÚDE E AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA SAÚDE E DO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO. COISA JULGADA COM CONTEÚDO EXECUTADO OU EXAURIDO: IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO. DECISÕES JUDICIAIS COM CONTEÚDO INDETERMINADO NO TEMPO: PROIBIÇÃO DE NOVOS EFEITOS A PARTIR DO JULGAMENTO. ARGÜIÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. Adequação da arguição pela correta indicação de preceitos fundamentais atingidos, a saber, o direito à saúde, direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (arts. 196 e 225 da Constituição Brasileira) e a busca de desenvolvimento econômico sustentável: princípios constitucionais da livre iniciativa e da liberdade de comércio interpretados e aplicados em harmonia com o do desenvolvimento social saudável. Multiplicidade de ações judiciais, nos diversos graus de jurisdição, nas quais se têm interpretações e decisões divergentes sobre a matéria: situação de insegurança jurídica acrescida da ausência de outro meio processual hábil para solucionar a polêmica pendente: observância do princípio da subsidiariedade. Cabimento da presente ação. 2. Argüição de descumprimento dos preceitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos: decisões judiciais nacionais permitindo a importação de pneus usados de Países que não compõem o Mercosul: objeto de contencioso na Organização Mundial do Comércio – OMC, a partir

harmonizando o direito ambiental e o direito econômico. Julga-se o conflito entre a liberdade de iniciativa das empresas e os princípios constitucionais fundamentais da proteção à saúde e da defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações.

4 DO ENFRENTAMENTO DA OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA

Um dos efeitos primários da globalização é o intercâmbio comercial com a importação de produtos, que cada vez mais são padronizados ao redor do globo. Assim, se o discurso do comércio internacional é internacionalista, por obviedade e maior relevância, o discurso dos direitos humanos também deve sê-lo. Este é o entendimento de Slenes (2016):

Ao invocar uma visão de um mundo particular baseada na modernidade liberal e em sujeitos individuais e autônomos, promovendo a “democracia, o regulamento legal, o capitalismo e o mercado livre” (MERRY, 2004, p. 49), o discurso sobre direitos humanos é internacionalista.

de 20.6.2005, pela Solicitação de Consulta da União Europeia ao Brasil. 3. Crescente aumento da frota de veículos no mundo acarretar também aumento de pneus novos e, conseqüentemente, necessidade de sua substituição em decorrência do seu desgaste. Necessidade de destinação ecologicamente correta dos pneus usados para submissão dos procedimentos às normas constitucionais e legais vigentes. Ausência de eliminação total dos efeitos nocivos da destinação dos pneus usados, com malefícios ao meio ambiente: demonstração pelos dados. 4. Princípios constitucionais (art. 225) a) do desenvolvimento sustentável e b) da equidade e responsabilidade intergeracional. Meio ambiente ecologicamente equilibrado: preservação para a geração atual e para as gerações futuras. Desenvolvimento sustentável: crescimento econômico com garantia paralela e superiormente respeitada da saúde da população, cujos direitos devem ser observados em face das necessidades atuais e daquelas previsíveis e a serem prevenidas para garantia e respeito às gerações futuras. Atendimento ao princípio da precaução, acolhido constitucionalmente, harmonizado com os demais princípios da ordem social e econômica. 5. Direito à saúde: o depósito de pneus ao ar livre, inexorável com a falta de utilização dos pneus inservíveis, fomentado pela importação é fator de disseminação de doenças tropicais. Legitimidade e razoabilidade da atuação estatal preventiva, prudente e precavida, na adoção de políticas públicas que evitem causas do aumento de doenças graves ou contagiosas. Direito à saúde: bem não patrimonial, cuja tutela se impõe de forma inibitória, preventiva, impedindo-se atos de importação de pneus usados, idêntico procedimento adotado pelos Estados desenvolvidos, que deles se livram. 6. Recurso Extraordinário n. 202.313, Relator o Ministro Carlos Velloso, Plenário, DJ 19.12.1996, e Recurso Extraordinário n. 203.954, Relator o Ministro Ilmar Galvão, Plenário, DJ 7.2.1997: Portarias emitidas pelo Departamento de Comércio Exterior do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior – Decex harmonizadas com o princípio da legalidade; fundamento direto no art. 237 da Constituição da República. 7. Autorização para importação de remoldados provenientes de Estados integrantes do Mercosul limitados ao produto final, pneu, e não às carcaças: determinação do Tribunal ad hoc, à qual teve de se submeter o Brasil em decorrência dos acordos firmados pelo bloco econômico: ausência de tratamento discriminatório nas relações comerciais firmadas pelo Brasil. 8. Demonstração de que: a) os elementos que compõem o pneu, dando-lhe durabilidade, é responsável pela demora na sua decomposição quando descartado em aterros; b) a dificuldade de seu armazenamento impele a sua queima, o que libera substâncias tóxicas e cancerígenas no ar; c) quando compactados inteiros, os pneus tendem a voltar à sua forma original e retornam à superfície, ocupando espaços que são escassos e de grande valia, em especial nas grandes cidades; d) pneus inservíveis e descartados a céu aberto são criadouros de insetos e outros transmissores de doenças; e) o alto índice calorífico dos pneus, interessante para as indústrias cimenteiras, quando queimados a céu aberto se tornam focos de incêndio difíceis de extinguir, podendo durar dias, meses e até anos; f) o Brasil produz pneus usados em quantitativo suficiente para abastecer as fábricas de remoldagem de pneus, do que decorre não faltar matéria-prima a impedir a atividade econômica. Ponderação dos princípios constitucionais: demonstração de que a importação de pneus usados ou remoldados afronta os preceitos constitucionais de saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado (arts. 170, inc. I e VI e seu parágrafo único, 196 e 225 da Constituição do Brasil). 9. Decisões judiciais com trânsito em julgado, cujo conteúdo já tenha sido executado e exaurido o seu objeto não são desfeitas: efeitos acabados. Efeitos cessados de decisões judiciais pretéritas, com indeterminação temporal quanto à autorização concedida para importação de pneus: proibição a partir deste julgamento por submissão ao que decidido nesta arguição. 10. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental julgada parcialmente procedente. Decisão.

Outro não é o entendimento de Krohling (2008):

A globalização tecnológica, econômica e financeira está provocando mudanças profundas na conjuntura mundial. São os três elementos que não podem ser separados: *as instâncias individuais* (subjetividade, interioridade), *os indicadores socioculturais* (valores, crenças, normas), e *as reivindicações identitárias* (necessidade de que constituem uma semiosfera, isto é, um espaço de sentido, em que a circulação de símbolos é, pelo menos, tão importante quanto a circulação dos bens e outros benefícios materiais.

Nesse diapasão é dever do Estado brasileiro exigir que as empresas que industrializam, distribuam e comercializem seus produtos em território nacional não se utilizem da maléfica estratégia da obsolescência programada, sob pena de banimento do produto e aplicação de pesadas sanções de natureza pecuniária e criminal. De igual forma deve proibir expressamente que as multinacionais brasileiras perpetrem tal prática no estrangeiro, bem como atuar nos organismos internacionais que faz parte no sentido de buscar a extinção dessa estratégia nociva e abusiva.

No âmbito internacional temos o exemplo da Comunidade Europeia, que editou a Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais. Concluiu-se que uma determinada prática (ou método) comercial pode ser considerada desleal ou abusiva se, cumulativamente: (a) for contrária às exigências relativas à diligência profissional do fornecedor; e (b) distorcer ou for capaz de distorcer materialmente o comportamento econômico do consumidor médio ou de um grupo de consumidores.

No Brasil, o Superior Tribunal de Justiça, em 2016, condenou a Ford Motors Company Brasil por lançamento de dois modelos do Fiesta no mesmo ano (1999) em um intervalo de apenas 04 (quatro) meses, sendo que a segunda versão contemplava reestilização e substanciais alterações estéticas em relação à primeira, o que levou o Ministério Público de Sergipe (MPSE) a questionar, em ação civil pública, a conduta abusiva da fabricante.

A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do REsp 871172/SE, concluiu que “o lançamento, em um mesmo ano, com pequeno intervalo de tempo, de dois modelos do mesmo automóvel, ambos divulgados como sendo o novo modelo do próximo ano”, caracteriza propaganda enganosa e conduta comercial abusiva do fabricante.

Palomares (2016) comentou o acerto da decisão:

E o que tem essa decisão de tão diferente? Bem, no meu sentir, ela diz muito além do que o resultado da causa em si. O STJ, sob a relatoria da competente Ministra Isabel Gallotti, parece estar sinalizando uma nova, vanguardista e corajosa visão do fenômeno da obsolescência programada, em uma das suas facetas mais odiosas: aquela que leva à substituição calculada, premeditada, inoportuna, fora de padrão, injustificada e em tempo curtíssimo, de um produto recém-lançado por outro. O único propósito, nessas circunstâncias, em regra, é o lucro ou a dominação de mercado. Típica conduta empresarial que caracteriza prática comercial abusiva, que justifica mesmo a reprimenda judicial.

O mercado automotivo, dinâmico em particular, criou certos padrões de lançamentos de modelos e os consumidores se acostumaram com eles. É nesse cenário que a responsabilidade comercial do fabricante deve ser ainda acentuada, pois que juridicamente objetiva. Seu senso de justiça comercial tem que ser ainda mais refinado, não lhe sendo lícito praticar atos que atentem contra as regras da boa-fé objetiva e que coloquem o consumidor em posição de desvantagem na relação comercial, desferindo-lhe golpes na sua boa-fé subjetiva.

Segundo o referido autor, ao adquirir uma versão de um automóvel, bem de consumo caro para os padrões econômicos brasileiros, o consumidor carrega nesse ato a mais absoluta segurança de que está comprando um produto novo, de última geração, que nele esteja embarcado o que há de melhor no universo automotivo daquele fabricante para o modelo escolhido, e que resistirá por, pelo menos, 1 ano em relação à nova versão que virá do mesmo automóvel, e se, no entanto, numa mudança repentina de comportamento comercial, já devidamente absorvido e aceito pelos consumidores, o fabricante, depois de poucas semanas da venda, lança outra geração do mesmo automóvel, agregando-lhe características de reestilização e alterações estéticas que depreciam a versão anterior, tornando-a “geração velha” em relação à nova, tal conduta não só se distancia da boa prática comercial, como também desrespeita os direitos do consumidor.

Na prática, o que a montadora fez foi estimular não apenas o consumo, mas também o descarte da mercadoria recentemente lançada, estimulando e inculcando sub-repticiamente no consumidor a falsa percepção de obsolescência do produto anteriormente adquirido, e que necessitaria, urgentemente, ser substituído.

Desta forma, aproveitou-se da boa-fé subjetiva do consumidor, que acreditava estar adquirindo um produto de última geração (segundo a versão do próprio fornecedor ao anunciá-la), e surpreendê-lo, dias após, com a rasteira notícia de que o produto comprado já estava obsoleto, de que existia outro melhor e mais moderno, estando patente a deslealdade do fornecedor, que ofendeu claramente o disposto no inciso III do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor.

Assim, uma prática comercial abusiva fica transvestida de inovação que beneficiaria o consumidor, mas, na verdade – em razão do pouquíssimo tempo decorrido entre as gerações de produtos –, cria uma distorção econômica, com impactos negativos, inclusive na concorrência.

Com efeito, não se pode falar que em razão do poder decorrente da propriedade industrial estaria a fabricante liberada para utilizá-la como bem lhe aprouver. Nesse sentir, é o entendimento de Salomão Filho (2003): “(...) a patente, como qualquer situação de poder de mercado, pode gerar abusos, que devem ser coibidos. O direito industrial passa, então a incluir nesse aspecto uma disciplina específica de abuso de poder.”

Em um mercado acostumado com um padrão de lançamentos anuais, a Ford ludibriou sua comunidade de consumidores que tinham a justa expectativa de que o veículo e modelo adquirido naquele ano somente teria a próxima geração lançada no ano seguinte, desta forma, a montadora acelerou a desvalorização do bem de consumo.

Em outro julgado o, STJ, ao julgar o Recurso Especial nº 984.106 - SC (2007/0207915- 3)²⁰, também da lavra do Ministro Luis Felipe Salomão, entendeu que o fabricante de produto defeituoso responde pelo vício oculto mesmo após o término da garantia, de acordo com o artigo 26, § 3º, do CDC, pois o Código de Defesa do Consumidor não traz, exatamente, no art. 26, um prazo de garantia legal para o fornecedor responder pelos vícios do produto. Há apenas um prazo para que, tornando-se aparente o defeito, possa o consumidor reclamar a reparação, de modo que, se este realizar tal providência dentro do prazo legal de decadência, ainda é preciso saber se o fornecedor é ou não responsável pela reparação do vício.

Entendeu a Corte, que, por óbvio, o fornecedor não está, *ad aeternum*, responsável pelos produtos colocados em circulação, mas sua responsabilidade não se limita pura e simplesmente ao prazo contratual de garantia, o qual é estipulado unilateralmente por ele próprio. Deve ser considerada para a aferição da responsabilidade do fornecedor a natureza do vício que inquinou o produto, mesmo que tenha ele se manifestado somente ao término da garantia, sendo que os prazos de garantia, sejam eles legais ou contratuais, visam a acautelar o adquirente de produtos contra defeitos relacionados ao desgaste natural da coisa, como sendo um intervalo mínimo de tempo no qual não se espera que haja deterioração do objeto. Depois desse prazo, tolera-se que, em virtude do uso ordinário do produto, algum desgaste possa mesmo surgir. Coisa diversa é o vício intrínseco do produto existente desde sempre, mas que somente veio a se manifestar depois de expirada a garantia. Nessa categoria de vício intrínseco certamente se inserem os defeitos de fabricação relativos a projeto, cálculo estrutural, resistência de materiais, entre outros, os quais, em não raras vezes, somente se tornam conhecidos depois de algum tempo de uso, mas que, todavia, não decorrem diretamente da fruição do bem, e sim de uma característica oculta que esteve latente até então.

Decidiu o Ministro Salomão:

A venda de um bem tido por durável com vida útil inferior àquela que legitimamente se esperava, além de configurar um defeito de adequação (artigo 18 do CDC), evidencia uma quebra da boa-fé objetiva, que deve nortear as relações contratuais, sejam de consumo, sejam de direito comum.

Ante tais precedentes jurisprudenciais, há quem entenda que a consecução da sustentabilidade econômica sempre norteou o Direito do Consumidor, prescindindo, assim, de alterações legislativas, entretanto, tendo em vista o caráter sistemático da ordem jurídica (BOBBIO, 1995), modificações normativas se impõem, tendo em vista a relevância da matéria e a rapidez das inovações tecnológicas.

O Ministro Luis Salomão do STJ já fez publicamente propostas para reformar o Código de Defesa do Consumidor, propostas que previam: (i) inclusão de dispositivo que preveja expressamente a abusividade da obsolescência programada; (ii) inclusão de dispositivo que preveja expressamente que a responsabilidade do fornecedor de bens duráveis deve observar o critério da vida útil do produto, e não o da garantia contratual; (iii) inclusão de dispositivo referente à obrigação de os fornecedores indicarem nos próprios produtos a vida útil ou o número de utilizações previstas; (iv) como medida

²⁰ Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1182088&num_registro=200702079153&data=20121120&formato=PDF>.

socioambiental, a partir da ideia de um consumo ecologicamente equilibrado, inclusão de dispositivo que impunha aos fornecedores de produtos maléficis ao meio ambiente a obrigação de coleta de equipamentos obsoletos; (v) regulamentação legal ou infralegal acerca da aplicação de multas administrativas a empresas que comprovadamente praticarem a obsolescência programada em suas diversas formas; (vi) certificação por órgão oficial (Inmetro, Secretaria de Direito Econômico/Ministério da Justiça e órgãos ambientais) de empresas comprometidas em combater a obsolescência programada (uma espécie de certificado anti-obsolescência, como o que ocorre com a ISO); (vii) regulamentação pela Secretaria de Direito Econômico/Ministério da Justiça e/ou Inmetro (artigo 7º do CDC) sobre a vida útil esperada de produtos em setores industriais estratégicos, como o de eletroeletrônicos e de peças automotivas, com a obrigação de garantia durante esse prazo; (viii) contratos públicos: critério de preferência na contratação, pela Administração Pública, de empresas que tenham certificação anti-obsolescência. Alteração da lei de licitações e contratos administrativos; (ix) fomentar a existência de disciplinas escolares relacionadas à educação para um consumo sustentável e equilibrado; e (x) informação clara ao consumidor acerca dos impactos da atualização de programas ou troca de componentes no que concerne ao desempenho do produto (por exemplo, informar que a atualização da nova versão de *softwares* pode deixar os aparelhos celulares antigos mais lentos).

5 CONCLUSÃO

A Declaração Universal dos Direitos Humanos prevê em seu preâmbulo:

Considerando que, na Carta, os povos das Nações Unidas proclamam, de novo, a sua fé nos direitos fundamentais do Homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres e se declaram resolvidos a favorecer o progresso social e a instaurar melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla.

A Carta Magna brasileira tem estampado em seu art. 1º, III, a dignidade da pessoa humana como fundamento. Já os artigos 5º (*caput*, e incisos XIII, XXII, XXIII, XXXV); 6º e 170 da Constituição Federal brasileira combinados com os artigos XVII, XXII e XXIII da Declaração Universal dos Direitos Humanos²¹, reconhecem como direito essencial o acesso a um trabalho digno, à segurança social e à propriedade, que deve obedecer à sua função social.

De forma a se melhorar as condições dos direitos humanos de natureza econômica e ambiental impõe-se o combate eficaz à obsolescência programada, conduta intrinsecamente evada de má-fé comercial, o que ofende o Direito à vida.

21 “Artigo XVII. 1. Todo ser humano tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros. 2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade.”

“Artigo XXII. Todo ser humano, como membro da sociedade, tem direito à segurança social, à realização pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.”

“Artigo XXIII. 1. Todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego. 2. Todo ser humano, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho. 3. Todo ser humano que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social. 4. Todo ser humano tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses.”

É essencial tornar o arcabouço jurídico-financeiro do país mais eficiente. Assim, a legislação brasileira merece evoluir na prevenção e punição da obsolescência programada em equipamentos de saúde, sendo que o Código de Defesa do Consumidor deve ser alterado para estabelecer que a responsabilidade do fornecedor de bens duráveis siga o critério da vida útil do produto, não o da garantia contratual. Ademais, deveria ser no CDC e também no Código Civil, que deveriam declarar expressamente como abusiva a prática de projetar algum produto de forma que, após certo tempo, ele pare de funcionar ou tenha sua capacidade reduzida, forçando o seu dono a comprar um novo, bem como alterações na jurisprudência criminal responsabilizando todos os eventualmente envolvidos na obsolescência programada de equipamentos de saúde.

Obviamente, essas proibições não podem limitar a evolução tecnológica ou a evolução do *design*, devendo haver equilíbrio e bom senso na aplicação da Lei, de forma a se assegurar os devidos direitos ao consumidor e o respeito ao meio ambiente.

É essencial tornar o arcabouço jurídico do país mais eficiente, de forma que consiga melhor prevenir e reprimir a obsolescência programada que claramente conflita com o desenvolvimento sustentável, que visa compatibilizar os interesses sociais, econômicos e ambientais, além de ir de encontro aos fundamentais princípios da prevenção e da equidade intergeracional previstos nas legislações ordinária e constitucional, e melhoraria sensivelmente as condições econômicas e ambientais do País, sem esquecer a proteção à saúde e à vida, que são garantidas constitucionalmente.

REFERÊNCIAS

ASSADOURIAN, Erik. Ascensão e queda das culturas de consumo. In: Estado do Mundo, 2010: estado do consumo e o consumo sustentável. Worldwatch Institute; Introdução: Muhammad Yunus. Organização: Erik Assadourian; tradução: Claudia Strauch. Salvador, BA: Uma Ed.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias.** Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A Coerência do Ordenamento Jurídico.** Teoria do Ordenamento Jurídico. 6. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat; RODRIGUES, Maria Madalena de Oliveira. A obsolescência programada na perspectiva da prática abusiva e da tutela do consumidor. KROHLING, Aloísio. Os Direitos Humanos na perspectiva da antropologia cultural. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 3, p. 155-182, jul./dez. 2008.

HOBBS, Eric. **O operariado e os direitos humanos.** Rio de Janeiro: Paz & Terra, 2015, pp. 506/508.

KROHLING, Aloísio. Os Direitos Humanos na perspectiva da antropologia cultural. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 3, p. 155-182, jul./dez. 2008

LOCKE, John. Segundo Tratado sobre o Governo Civil. In: MAFFETTONE, Sebastião; VECA, Salvatore (Orgs.) **A Idéia de Platão a Rawls.** São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 142ss.

MARCHETTI, Renata. Obsolescência programada – questões relevantes. **Juris Síntese**. n. 59 - MAI/JUN de 2006. CD-ROM.

MARTARELLO, Rafael de Almeida. **Obsolescência programada em serviços de saúde: o caso da Máfia das Próteses.** Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/sausoc/a/ckwn6HG4FhVwHbGQT-fnynkq/>>.

MARX, Karl. **O Capital.** O Caráter da mercadoria e o seu segredo. Disponível em: <<https://www.marxists.org/portugues/marx/1867/capital/livro1/cap01/04.htm>>.

MAFFETTONE, Sebastião; VECA, Salvatore (Orgs.) São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 142 ss. STAJN, Rachel. Law and Economics. In: ZYLBERSTAJN, Décio; STAJN, Rachel. **Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações.** Rio de Janeiro: Elsevier Campus.

MARCHETTI, Renata. Obsolescência programada – questões relevantes. **Juris Síntese**. n. 59. maio/jun 2006. CD-ROM.

MELO, Lucas Mattar Rios. **A teoria dos jogos e sua aplicação na recuperação judicial.** Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15415>.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor.** 4. ed. São Paulo: RT, 2013.

PALOMARES, Sergio. **Obsolescência Programada – STJ parece apontar pela existência de uma luz no fim do túnel.** 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI241492,41046-Obsolescencia+Programada+STJ+parece+apontar+pela+existencia+de+uma-luz-no-fim-do-tunel>>.

PEREIRA, Daniela Morais. **Determinação do período ótimo de substituição de equipamento médico de alta complexidade por meio de análise de obsolescência.** s.d. Disponível em: <<https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/25588/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20Daniela%20Morais%20Pereira.pdf>>.

PINZ, Greice Moreira. A responsabilidade ambiental pós-consumo e sua concretização na jurisprudência brasileira. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, ano 17, vol. 65, p. 162-163, jan/mar 2012.

POSNER, Richard. **A Economia da Justiça.** São Paulo: Martins Fontes, 2010.

RENNER, Rafael Henrique. **Obsolescência Programada e consumo sustentável:** algumas notas sobre um importante debate. Disponível em: <http://faa.edu.br/revistas/docs/RID/2012/RID_2012_27.pdf>.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JÚNIOR, Irineu. **Teoria geral dos contratos:** contratos empresariais e análise econômica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

RIBEIRO, Alfredo Rangel. **Direito Fundamental à proteção em face do consumo.** Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=65c0277ea758218c>>. Acesso em: 10 fev. 2022.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial – As Conduas.** São Paulo: Malheiros, 2003.

SGARBOSSA, Luiz Fernando. Globalização Neoliberal e Direitos Fundamentais. In: **Revista Científica Direitos Culturais – RDC** v. 9, n. 19 – Setembro/Dezembro de 2014.

SLENES, Rebecca de Faria. **Direitos humanos, violência contra a mulher e linguagens religiosas:** negociação de sentidos em uma ONG marroquina. In: *Antropologia e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: 2016, Aba Publicações, pp. 163-164.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo.** 26. ed. rev. e atual. nos termos da Reforma Constitucional, até a Emenda Constitucional n. 48, de 10.8.2005. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 286.

SILVA, Maria Beatriz Oliveira. **Obsolescência Programada e Teoria do Decrescimento versus Direito ao Desenvolvimento e ao Consumo (sustentáveis).** 2012 Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/252/214>>.

STAJN, Rachel. Law and Economics. In: **Direito & Economia:** Análise Econômica do Direito e das Organizações. ZYLBERSTAJN, Décio; STAJN, Rachel. Rio de Janeiro: Elsevier Campus, 2005. pp. 74-77.

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover os direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

A álea terapêutica como possibilidade excludente de responsabilização civil médica – análise jurisprudencial

Gustavo Augusto Miranda de Amorim¹

RESUMO

O presente artigo tem por objetivos apresentar e discutir o fenômeno da Álea Terapêutica como possibilidade de excludente da responsabilidade civil do médico, podendo ser aplicada quando constatada a presença de um fato aleatório, imprevisível e incerto, que supera todos os procedimentos e atos médicos, causando um resultado distinto do esperado ou até mesmo um evento danoso. A primeira parte do trabalho aborda o conceito de Álea Terapêutica e sua origem; na segunda parte será abordado o conceito da responsabilidade civil médica; em seguida, será explorada a natureza da obrigação médica e sua aplicação; por fim, será analisada e discutida a Álea Terapêutica como excludente de responsabilidade civil médica na relação médico-paciente a partir de uma análise jurisprudencial brasileira. Conclui-se pela admissibilidade e aplicabilidade da Álea Terapêutica como excludente de responsabilidade, que não necessariamente afasta o nexo causal entre a atuação médica e o dano ao paciente, mas tem plena possibilidade de afastar a culpa do profissional de medicina diante da constatação do emprego correto da técnica médica e da presença de fato aleatório imprevisível que gera dano ao paciente. A Álea Terapêutica é, portanto, o resultado imprevisível inerente à atividade médica que independe do ato médico praticado. A pesquisa utilizou os métodos analítico, comparativo e indutivo, e a seleção dos julgados foi realizada por meio de busca nos sítios eletrônicos dos tribunais brasileiros.

Palavras-chave: Responsabilidade civil médica. Excludentes. Álea Terapêutica. Médico. Natureza obrigacional.

¹ Especialista em Direito Processual Civil e Direito Civil pela Faculdade Unyleya. Pós-graduando em Direito Médico e Odontológico pela Universidade Cooperativa Anadem. Advogado em Brasília-DF.

ABSTRACT

This article aims to present and discuss the phenomenon of Therapeutic Alley as a possibility of excluding the doctor's civil liability, which can be applied when the presence of a random, unpredictable and uncertain fact is found, which overcomes all procedures and medical acts causing a result different from the expected or even a harmful event. The first part of the work addresses the concept of Therapeutic Álea and its origin; in the second part, the concept of medical civil liability will be discussed; then the nature of the medical obligation and its application will be explored; Finally, Álea Terapêutica will be analyzed and discussed as an exclusion of medical civil liability in the doctor-patient relationship based on a Brazilian jurisprudential analysis. It is concluded by the admissibility and applicability of Álea Terapêutica as an exclusionary of liability, which does not necessarily remove the causal link between medical action and harm to the patient, but has full possibility of removing the guilt of the medical professional, in the face of the finding of employment correct medical technique and the presence of an unpredictable random event that causes harm to the patient. The Therapeutic Alea is, therefore, the unpredictable result inherent to the medical activity that is independent of the medical act performed. The research used analytical, comparative and inductive methods, and the selection of judgments was carried out by searching the websites of Brazilian courts.

Keywords: Medical civil liability. Excluding. Therapeutic Alley. Doctor. Mandatory nature.

1 INTRODUÇÃO

A saúde sempre foi um tema de grande relevância para a sociedade, pois é fundamental para o alcance do bem-estar do ser humano, seja ele físico, psicológico ou até mesmo estético. Não é por acaso que nos últimos anos o setor de Beleza e Bem-Estar tem tido crescimentos significativos o que, por consequência, também fez crescer a busca pela reparação judicial no âmbito do Direito de Saúde e no Direito Médico.

Contudo, acompanhado do aumento da judicialização em questões de saúde, cresceram consideravelmente as condenações de profissionais da medicina e indenizações aos pacientes por “erro médico”, equivocadamente entendido como qualquer dano surgido após a intervenção médica.

Dentro desse contexto, a *Álea Terapêutica* surge como uma possível excludente de responsabilidade civil médica ganhando espaço de forma progressiva na jurisprudência brasileira, promovendo, assim, o melhor exercício da justiça em ações envolvendo questões de saúde e seus profissionais.

Notadamente, para que haja a compreensão da *Álea Terapêutica* como excludente de responsabilidade, deve-se analisar primeiramente o conceito de responsabilidade civil e sua aplicação ao profissional de medicina, verificando sempre o seu critério subjetivo na responsabilização.

Em complementação, também é importante entender a natureza obrigacional da relação médico-paciente, pois, na equivocada aplicação desse entendimento, pode o médico se ver injustamente obrigado a reparar um dano ou resultado inesperado ao qual não deu causa e nem contribuiu para a sua ocorrência.

Sabe-se que o corpo humano em si é um conjunto biológico de alto nível de complexidade cujos processos e reações não são completamente conhecidos e, portanto, não podem ser previstos e determinados.

Isso é comprovado com o avanço da ciência médica na descoberta de novas doenças, novos diagnósticos, novos tratamentos, e até mesmo a relativização de conceitos antigos que não se aplicam mais aos dias atuais.

Vivemos em um mundo volátil, incerto, complexo e ambíguo desde o fim da Guerra Fria, mundo que está em plena mutação, de forma acelerada, sendo cada vez mais difícil prever os próximos acontecimentos – com tantos fatores envolvidos, é impossível calcular todas as suas variantes –, e cada vez mais contraditório, o que torna ainda mais difícil entendê-lo e interpretá-lo, quanto mais o corpo humano, composto por milhões de micro-organismos e exposto a uma gama infinita de estímulos de origens diversas, tanto endógenas como exógenas.

Desta feita, justifica-se a grande importância de considerar a *Álea Terapêutica* na análise de responsabilização civil médica na relação médico-paciente, visto que a *Álea* é inerente a todo tratamento/procedimento médico.

2 ÁLEA E SUA ORIGEM

No Brasil, a cada dia que passa, o número de ações envolvendo causas de saúde e responsabilização médica cresce, causando um desequilíbrio judicial na medida em que profissionais de medicina são cada vez mais visados, expostos, agredidos judicialmente e têm sua imagem desgastada pela mídia. Isso fortaleceu uma cultura de indenizações e postulações judiciais sem fundamentos legítimos, pois o que se almeja, na maioria dos casos, é a responsabilização do médico por um dano ocorrido ou resultado inesperado dentro da relação médico-paciente.

O cenário atual é temerário, pois os profissionais de medicina enfrentam todos os dias pressão constante, alta demanda de serviço, alto nível de estresse e pouca assistência jurídica.

O resultado disso são inúmeras condenações impostas pelo judiciário por “erro médico” devido ao uso indiscriminado do termo e da responsabilização do profissional de saúde muitas vezes indevida, gerando indenizações vultuosas aos postulantes em juízo.

Dessa forma, a Álea Terapêutica surge como uma nova ferramenta dentro do Direito médico para aclarar e aprofundar análises e decisões judiciais, proporcionando uma melhor defesa do médico dentro da apuração de responsabilidade civil em processos judiciais.

Antes de adentrarmos no mérito da análise jurisprudencial da Álea Terapêutica como uma nova excludente de responsabilização médica, é importante trazer uma breve explanação sobre o conceito de Álea Terapêutica, Responsabilidade civil e Erro médico.

2.1 Álea Terapêutica

O conceito de Álea Terapêutica ainda é pouco explorado pela Doutrina brasileira, talvez por isso seja tão difícil definir com assertividade esse conceito.

Sabe-se que a palavra Álea deriva da palavra Aleatoriedade, que, segundo o dicionário, é “Qualidade ou característica do que é aleatório; casualidade, fortuidade, incerteza, indeterminação”².

Um dos primeiros a estudar sobre a aleatoriedade ou álea foram os filósofos gregos, que tiveram importante papel no desenvolvimento desse conceito. São precursores desse tema Demócrito e Epicuro.

A corrente guiada por Demócritos define a aleatoriedade como o mero desconhecimento de causas, sendo apenas um sinônimo para a ignorância do homem acerca de questões estruturais e fenômenos diversos, tornando-o incapaz de prever ou controlar determinada situação³.

Já a corrente guiada por Epikuros define a aleatoriedade como a simples ausência de causas, não se pautando em recursos antecedentes, portanto, é impossível descrevê-la de forma completa,

² Michaelis (s.d.)

³ <http://www.mat.ufrgs.br/~portosil/probab3.html>

pois possui um comportamento imprevisível e incontrolável, em que até mesmo a repetição de estados iniciais e causas idênticas poderão produzir efeitos distintos.

Na história antiga, o conceito de destino era intrinsecamente ligado às possibilidades de chance e de aleatoriedade. Na Antiguidade, por exemplo, muitas vezes o destino ou a tomada de decisões era determinado pelo lançamento de dados e moedas, o que mais tarde veio a originar o que nos dias atuais se pode conhecer como jogos de azar. Ao longo do tempo, diversas culturas utilizaram diferentes métodos com a finalidade de tentar prever e controlar o acaso ou a aleatoriedade. (KVASZ, 2007).

Seja pautado no desconhecimento ou no determinismo, fato é que a *Álea* é entendida como algo que não pode ser previsto ou controlado, muito menos pode ser resultante de uma ação determinada.

Dentre as definições e conceitos sobre *Álea*, existe um conceito de *Álea* de âmbito jurídico, difundido pelo Ilustre Desembargador Diaulas Costa Ribeiro do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Pós-Doutor em Direito e Bioética Médica:

O dano aleatório, resultante da chamada “*álea terapêutica*” (*alea therapeutike*), sobre a qual o médico não tem controle, decorre de resultado imprevisível ou conjuntural, em que não há falta ou falha na prestação do serviço.

Dessa forma, pode-se entender como “*álea terapêutica*” (*alea therapeutike*) o fenômeno dentro da relação médico-paciente que resulta em um dano sobre o qual o médico não tem controle.

É a partir desse conceito jurídico de *Álea Terapêutica* que faremos análises de casos jurisprudenciais mais adiante.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

A responsabilidade civil em seu conceito geral advém da conduta humana violadora de uma norma jurídica preexistente, gerando uma obrigação ao causador do dano reparar e/ou indenizar pessoa lesionada. Assim preceitua a legislação brasileira vigente nos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil⁴.

A consagrada Doutrinadora do âmbito do Direito Civil, Maria Helena Diniz⁵ conceitua:

Responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiro em razão de ato por ela mesmo praticado, por pessoa por quem responda, por algo que a pertença ou de simples imposição legal.

4 BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

5 DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*, p. 200.

A responsabilidade médica, além de seguir a regra comum derivada dos dispositivos legais supramencionados, também tem origem no artigo 951 do Código Civil, que responsabiliza a conduta lesiva do profissional no exercício de sua atividade nas hipóteses de negligência, imprudência ou imperícia.

Dentro da responsabilidade civil há duas classificações na Doutrina pátria que nascem da inteligência do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor⁶.

A primeira delas, a responsabilidade objetiva, decorre do Caput do artigo 14 do CDC, em que

o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Ou seja, nesse caso, o fornecedor de serviços atrai para si a responsabilidade de reparar os danos causados aos consumidores devido à própria natureza consumerista da relação, não havendo a necessidade de comprovação de que este agiu com culpa.

Já a responsabilidade subjetiva decorre do artigo 14, §4º do CDC e se aplica aos profissionais liberais que, somente após a apuração de culpa, tem ou não a responsabilidade de reparar o dano.

Dessa forma, a responsabilidade civil do médico é entendida e caracterizada como subjetiva, pois ele é profissional liberal e, neste caso, deve haver a comprovação de culpa para que seja responsabilizado pela reparação de um dano ocorrido ao paciente (consumidor).

Neste sentido, segundo Miguel Kfoury Neto (2007):

Os partidários da culpa como elemento fundamental da responsabilidade civil afirmam que a culpa possui um lastro moral, daí não se poder conceber a responsabilidade senão nela fundada. O homem se sente responsável – e obrigado – a reparar dano causado por um ato culposo seu, o que não ocorre em relação a eventuais danos a que haja dado causa de modo absolutamente imprevisível, e pelos quais não se reconhece responsável, pois não os causou verdadeiramente.

Por esses argumentos, a mera alegação de erro, dano ou prejuízo causado pelo médico não basta, antes deve ser suficientemente demonstrado que tal profissional liberal agiu culposamente de forma determinante para ocorrer o resultado indesejado e/ou não se utilizou dos meios disponíveis com lastro na ciência médica em busca do objeto contratado⁷.

6 BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

7 Da responsabilidade civil do médico – a culpa e o dever de informação. Artigo publicado no site Portal Conteúdo Jurídico, em 31 de maio de 2010. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/colunas&colunista=151_Mariana_Pretel&ver=641

Deste modo, só há uma forma de prosperar quaisquer alegações de dano, erro médico ou responsabilização do profissional de medicina, havendo a comprovação de culpa na relação médico-paciente, indicando a ocorrência de negligência imperícia ou imprudência.

4 DA NATUREZA DA OBRIGAÇÃO

A doutrina majoritária brasileira entende a atividade médica em geral em sua natureza como uma obrigação de meio, em que o profissional se compromete a prestar um serviço diligente dispondo de meios técnicos e científicos possíveis visando aos melhores resultados, sem se comprometer com a obtenção de determinado resultado ou cura.

Essa inteligência tem como pilares o princípio fundamental XXVI do Código de Ética Médica e seu artigo 32 que dispõem⁸:

XXVI - A medicina será exercida com a utilização dos meios técnicos e científicos disponíveis que visem aos melhores resultados”.

“É vedado ao Médico:

(...)

Art. 32. Deixar de usar todos os meios disponíveis de promoção de saúde e de prevenção, diagnóstico e tratamento de doenças, cientificamente reconhecidos e a seu alcance, em favor do paciente.

Apesar de irretocável entendimento, também existe na doutrina o entendimento majoritário de que, quando se trata de um tratamento de natureza estética, a obrigação passa a ser de resultado, em que o paciente/consumidor pode exigir do médico a concretização de um resultado específico e determinado, sem o qual o médico ou prestador incorrerá no inadimplemento da obrigação.

Tal entendimento, apesar de majoritário, é polêmico e encontra fortes argumentos de oposição, ademais, o próprio Código de Ética Médica traz consigo a vedação de subordinar os honorários ao resultado do tratamento ou à cura do paciente em seu artigo 62. Pois bem. Como pode então o médico, mesmo em um tratamento estético, se comprometer a obter um resultado determinado pelo paciente se este não pode subordinar os seus honorários ao mesmo resultado do tratamento? O código não explica, mas, por certo, a impossibilidade do médico em subordinar os seus honorários ao resultado do tratamento decorre do fato de que, perante esse resultado, o médico não possui controle algum e, portanto, também não deveria ser responsabilizado.

A partir dos conceitos expostos, partimos para uma análise jurisprudencial da Álea Terapêutica como excludente de responsabilidade civil do médico em casos de dano ou resultado indesejado.

⁸ Conselho Federal de Medicina (CFM - Brasil). *Código de Ética Médica*. Resolução nº 2.217 de 27/09/2018.

5 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL – RECONHECIMENTO DA ÁLEA TERAPÊUTICA COMO EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

5.1 Acórdão N° 1291829/DF – Relator: Des. Diaulas Costa Ribeiro

INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. SUBJETIVA. ERRO MÉDICO. PARTO. DISTOCIA DE OMBRO. PARALISIA BRAQUIAL. MANOBRA DE KRISTELLER. DANOS MORAIS. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. NEXO CAUSAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. PEDIDOS IMPROCEDENTES. 1. O dano aleatório, resultante da chamada “álea terapêutica” (alea therapeutike), sobre a qual o médico não tem controle, decorre de resultado imprevisível ou conjuntural, em que não há falta ou falha na prestação do serviço. Resta excluída a indenização pelo Estado, em casos tais, “sob pena de adotar-se contra legem e a opinio doctorum a teoria do risco integral, ao arrepio do texto constitucional.” Precedente do STF: RE 841526. 2. A teoria do risco integral não foi adotada pela Constituição Federal para a imputação de responsabilidade civil ao Estado. A responsabilidade civil do ente público, no contexto constitucional vigente, é regida pela “teoria do risco administrativo, tanto para as condutas estatais comissivas quanto para as omissivas, posto rejeitada a teoria do risco integral.” Precedente do STF: RE 841526, Relator(a): Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 30/03/2016, Acórdão Eletrônico. Repercussão Geral - Mérito DJe-159 Divulg. 29-07-2016 Public. 01-08-2016). 3. “A omissão do Estado reclama nexo de causalidade em relação ao dano sofrido pela vítima nos casos em que o Poder Público ostenta o dever legal e a efetiva possibilidade de agir para impedir o resultado danoso.” Precedente do STF: RE 841526. 4. A responsabilidade civil do Estado por erro médico é subjetiva e exige a comprovação do dano, o nexo de causalidade entre este e a negligência, imperícia ou imprudência do agente público. 5. É cabível a inversão do ônus da prova contra o Estado em casos de suspeita de erro médico, desde que ela não imponha a realização de prova diabólica. 6. A manobra de Kristeller foi proscrita pela Organização Mundial da Saúde (Recomendação 40, de 2018) e pelo Ministério da Saúde (Diretrizes Nacionais de Assistência ao Parto Normal, 2017). Os atos que contraindicam sua realização são posteriores aos fatos narrados nos autos. 7. Manuais de Obstetrícia de leitura obrigatória nas Academias Médicas tratam da manobra de Kristeller para casos excepcionais, a ser realizada por profissional treinado. Manobra de Kristeller *não é erro médico e não tem relação causal com a lesão concreta do autor, que decorreu de distocia de ombro, intercorrência imprevisível e independente da vontade do médico: álea terapêutica (alea therapeutike)*. 8. Recurso do réu conhecido e provido. Recurso do Ministério Público prejudicado. (Acórdão 1291829, 00067631120118070018, Relator: DIAULAS COSTA RIBEIRO, 8ª Turma Cível, data de julgamento: 8/10/2020, publicado no PJe: 21/10/2020. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

Esse caso trata-se inicialmente de ação indenizatória por danos morais proposta pelo autor na qual pugna pela condenação da parte ré ao pagamento de indenização por danos morais em razão de lesão decorrente de atendimento médico inadequado.

Narra a parte autora que sua genitora deu entrada, em hospital público, onde foi realizado o parto normal, no qual o autor sofreu lesão do plexo braquial no membro superior direito durante o seu nascimento. Esclarece, ainda, que, no momento do parto, seu ombro ficou preso, tendo complicado o

procedimento, quando, então, duas médicas subiram em cima da barriga de sua genitora e o obstetra lhe puxou, ocasionando, com isso, a lesão mencionada.

Aduz, ainda, que nasceu roxo e teve que ser reanimado, pois aspirou “mecônio”, tendo, com isso, que limpar os pulmões e ficar em observação no centro obstétrico por um dia e meio, quando, então, foi levado para o quarto de sua genitora. Afirma que recebeu alta hospitalar com a informação de que estava tudo bem.

Porém, passados alguns dias, sua genitora percebeu que o autor não movimentava o braço direito, tendo aguardado a consulta do CD – Crescimento e Desenvolvimento, que é feita mensalmente. Alega, também, que durante a consulta do CD a pediatra responsável pelo atendimento não explicou nada sobre a lesão, tendo apenas orientado sua genitora a procurar um ortopedista. Pontua, ainda, que buscou atendimento em hospital público, porém sem sucesso. E, por tal motivo, retornou ao hospital do local do parto para conversar com o pediatra responsável pelo atendimento inicial do recém-nascido, o qual lhe explicou que havia ocorrido uma lesão no “plexo braquial” e que tal lesão teria ocorrido no momento do parto.

Pontua, também, que, por conta da lesão sofrida, chegou a se submeter a tratamento médico-fisioterápico em outro hospital, porém, com pouco sucesso, tendo sido informado que, mesmo sendo submetido a procedimento cirúrgico, as possibilidades de seu braço direito movimentar eram mínimas.

Assevera que, por conta da negligência médica, perdeu os movimentos de seu braço direito, devendo, por isso ser indenizado.

A parte ré, em suas razões, alega que não se comprovou a execução da “manobra de Kristeller” e, ainda que tivesse sido comprovada, sua mera utilização é fator insuficiente para reconhecer a presença dos elementos caracterizadores da responsabilidade civil.

Afirma que não há comprovação do nexo causal entre as condutas médicas e a lesão sofrida pelo apelado, pois, ao contrário do afirmado, não houve erro de avaliação, de conduta ou de tratamento.

Defende que a distocia de ombro é resultado de evento imprevisível, para o qual não se conhecem fatores ou exames capazes de prever sua ocorrência. Trata-se de um risco do procedimento médico que constitui obrigação de meio. Acrescenta que o apelado foi submetido a tratamento após a descoberta da lesão e que as vidas de mãe e filho foram salvas no momento do parto, fatos que devem ser considerados.

Destaca-se trecho do voto do Relator, Desembargador Diaulas⁹:

35. A manobra de Kristeller passou a ser “não recomendada” pela Organização Mundial da Saúde (Recomendação 40, de fevereiro de 2018) e pelo Ministério da Saúde (Diretrizes Nacionais de Assistência ao Parto Normal, 2017). Essas censuras são posteriores ao fato. Antes, aplicada por profissional treinado, bem indicada e bem executada, ela integrava as lições de

⁹ Acórdão 1291829, 00067631120118070018, Relator: DIAULAS COSTA RIBEIRO, 8ª Turma Cível, data de julgamento: 8/10/2020, publicado no PJe: 21/10/2020. Pág.: Sem Página Cadastrada.

um dos manuais de obstetrícia mais prestigiados do Brasil (Jorge Rezende, *Obstetrícia*, 9ª ed., Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2002, p. 340).

36. A proscrição é recente, a manobra não é erro médico e a paralisia do plexo braquial não é consequência dela, nem decorreu de hipóxia fetal, mas de uma distocia de ombro que “é uma intercorrência imprevisível e independente da vontade do médico” (Laudo pericial supra).

37. Exigir que o Distrito Federal provasse que seguiu todos os protocolos estabelecidos na literatura médica especializada, quando a única questão destacada, com o olhar de hoje, é a manobra de Kristeller, é impor a ele uma prova também diabólica. A literatura médica especializada não havia abolido a manobra de Kristeller e não há relação causal entre ela e a paralisia do plexo braquial. Não há, em resumo, qualquer utilidade na discussão sobre se houve ou não manobra de Kristeller.

38. O laudo pericial (ID nº 17702654) atesta que a lesão sofrida pelo autor comprometeu permanentemente o funcionamento de seu braço direito, mas não associa essa lesão a erro médico na assistência ao parto.

39. Não há relação causal entre a assistência ao parto, especialmente na manobra de Kristeller, e a paralisia do plexo braquial sofrida pelo autor, que decorreu de distocia de ombro, “uma intercorrência imprevisível e independente da vontade do médico.”

40. A sentença merece reforma para julgar improcedentes os pedidos iniciais. Resta prejudicada a apelação do Ministério Público.

Em uma análise objetiva do caso em tela, temos a ocorrência: do dano ou resultado inesperado, da paralisia do plexo braquial sofrida pelo autor que ensejou a busca de reparação judicial, da manobra de Kristeller utilizada no parto, da comprovação que a técnica utilizada integrava as lições de um dos manuais de obstetrícia mais prestigiados do Brasil, da não constatação de erro médico, da ausência de nexos de causalidade entre a manobra utilizada e a paralisia do plexo braquial sofrida e da distocia de ombro “uma intercorrência imprevisível e independente da vontade do médico”.

Portanto, nesse caso concreto, verifica-se o reconhecimento da *Álea Terapêutica* como excludente de responsabilidade civil do médico, pois houve uma intercorrência imprevisível e independente da atividade médica, conforme bem colocado nos itens abaixo extraídos da ementa do presente julgado:

1. O dano aleatório, resultante da chamada “*álea terapêutica*” (*alea therapeutike*), sobre a qual o médico não tem controle, decorre de resultado imprevisível ou conjuntural, em que não há falta ou falha na prestação do serviço.

7. Manuais de Obstetrícia de leitura obrigatória nas Academias Médicas tratam da manobra de Kristeller para casos excepcionais, a ser realizada por profissional treinado. Manobra de Kristeller *não é erro médico e não tem relação causal com a lesão concreta do autor; que decorreu de distocia de ombro, intercorrência imprevisível e independente da vontade do médico: álea terapêutica (alea therapeutike).*

5.2 Acórdão N° 2012.0000096804/SP – Relator: Des. Virgílio de Oliveira Junior

Responsabilidade civil. Clínica odontológica. Reabsorção radicular do dente da paciente, após tratamento ortodôntico. Sentença. Improcedência. Apelação. Nas hipóteses de responsabilidade pelo fato de outrem, a reunião de todas as condições para a responsabilização do agente direto é indispensável para que haja condenação do responsável indireto. Necessidade de verificação da culpa do profissional liberal que atendeu à autora. Inteligência do art. 14, § 4º do CDC. Conjunto probatório que dá conta de que não houve erro no tratamento. Risco inevitável, inerente ao tratamento ministrado. Álea terapêutica, pela qual o profissional não é responsável. Recurso desprovido.

(TJSP; Apelação Cível 0000813-46.2006.8.26.0445; Relator (a): Virgílio de Oliveira Junior; Órgão Julgador: 21ª Câmara de Direito Privado; Foro de Pindamonhangaba - 1ª. Vara Judicial; Data do Julgamento: 07/03/2012; Data de Registro: 15/03/2012)

Cuida-se de ação de indenização por danos morais e materiais ajuizada contra a clínica odontológica. Consta dos autos que a demandante enfrenta reabsorção radicular do dente 21, havendo risco de perda do mesmo e necessidade de colocação de prótese dentária. A autora imputa esse infortúnio à negligência dos profissionais que a atenderam na clínica. Segundo a tese ventilada, a reabsorção ocorreu em razão das falhas durante o tratamento prestado pela ré, que incluiu a colocação de aparelho ortodôntico. Por esse motivo, a autora ajuizou ação, pretendendo que a ré seja condenada a cobrir o novo tratamento e, ainda, reparar os danos morais que experimentou. Com base nas informações prestadas pelo d. perito do Juízo, entendeu o i. magistrado sentenciante pela improcedência do pedido. Inconformada, apelou a autora.

Destaca-se o voto do Relator¹⁰.

Por fim, e de forma mais conclusiva para o deslinde do litígio, o r. perito asseverou que a simples ocorrência de reabsorção “não conduz obrigatoriamente a afirmar que houve erro no tratamento” e que “pode haver reabsorção mesmo que o tratamento seja correto”. A reabsorção constitui, pois, hipótese de álea terapêutica, ou seja, um risco inevitável, inerente ao tratamento ministrado, e que nem por isso torna o procedimento contraindicado. Quanto à suposta displicência do ortodontista diante dos sintomas da reabsorção, é de se ressaltar que o prontuário da paciente demonstra que o profissional, por três vezes, lhe requereu a realização de exame raio-x para a averiguação do ocorrido. Não há, porém, qualquer indício de que a paciente tenha atendido à solicitação. O procedimento adotado pelo ortodontista não destoa, aliás, daquele recomendado, como observou o r. Perito: “Devem ser solicitadas radiografias com intervalos de aproximadamente 6 meses, pois as radiografias periapicais são os melhores instrumentos para observação das possíveis alterações ósseas e radiculares da área”. Diante desses fatos, não há que se falar em responsabilidade da ré. Inexistindo qualquer falha imputável ao profissional, há de se concluir que o mal que acometeu a paciente faz parte do risco inerente ao tratamento proposto. Trata-se, pois, de álea terapêutica, a qual não pode ser imputada ao dentista. Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

¹⁰ TJSP; Apelação Cível 0000813-46.2006.8.26.0445; Relator (a): Virgílio de Oliveira Junior; Órgão Julgador: 21ª Câmara de Direito Privado; Foro de Pindamonhangaba - 1ª. Vara Judicial; Data do Julgamento: 07/03/2012; Data de Registro: 15/03/2012.

Em uma análise objetiva deste outro caso da esfera odontológica, mas que o mesmo entendimento também se aplica ao exercício da medicina, temos a ocorrência: do dano ou resultado inesperado, qual seja, reabsorção radicular do dente da autora que ensejou a busca de reparação judicial; da alegada negligência dos profissionais e as falhas durante o tratamento prestado pela ré, da análise pericial que descartou culpa ou falha na prestação dos serviços; do procedimento adotado pelo ortodontista que não destoava do recomendado; da reabsorção constitui hipótese de álea terapêutica, um risco inevitável, inerente ao tratamento ministrado, e que nem por isso torna o procedimento contraindicado, portanto, estamos diante de um caso típico da incidência da Álea terapêutica que independe do ato do profissional de saúde, pois é incerto e incontrolável, nesses casos, não há que se falar em responsabilização do profissional.

Após essas análises de casos, pode-se concluir que a Álea Terapêutica pode ser utilizada como uma forte tese de defesa do profissional de saúde como excludente de responsabilidade, tendo em vista que esse fenômeno é inerente ao corpo humano e, portanto, também inerente a todo tratamento médico-hospitalar e não pode ser previsto ou controlado.

Sobre a incidência da Álea no corpo humano, aduz o jurista François Chabas que “de acordo com últimas conclusões da ciência médica, o comportamento da pele humana, de fundamental importância na cirurgia plástica, é imprevisível, havendo também um caráter aleatório em qualquer intervenção” (apud PITELLI, 2011, p. 93-102).

Neste sentido, quando tratamos de corpo humano, falamos de Álea sobre uma esfera biológica, dotada de dinâmica própria, cheia de variações, instabilidade, imprevisibilidade e incertezas. Tudo isso ainda é intensificado quando reconhecemos que ainda há interferências genéticas e hormonais que tornam esse ambiente biológico ainda mais complexo (FORSTER, 1997).

Em consonância com esse entendimento, por exemplo, na cirurgia plástica, podem ocorrer fatores imprevisíveis e imponderáveis, subjacentes à saúde do paciente, que o médico não conhece nem podia conhecer, mesmo agindo com diligência e acuidade. Portanto, seu objetivo pode ser frustrado por uma causa superveniente não prevista e não evitável (KFOURI NETO, 2007).

É uníssona a conclusão pelos diversos autores mencionados de que a pele humana é imprevisível, havendo um componente aleatório em toda e qualquer intervenção sobre ela.

A álea terapêutica, portanto, é determinada por origens endógenas que são geradas por ações e reações do próprio corpo humano e/ou por doenças preexistentes e crônicas, dentre outros tantos fatores, que devem ser conjuntamente analisados para apuração de responsabilidade médica (CÉSAR FILHO et al., 2018/2019).

Todavia, a Álea Terapêutica não exime o profissional de saúde em qualquer hipótese, ela não o protege de danos causados por negligência, imperícia ou imprudência, mas apenas de danos inculpáveis intrínsecos ao tratamento ou procedimento praticado.

Nesse prisma, desde a sua origem, o exercício da atividade médica revela-se envolto de desafios e permeado por diversos fatores que têm a possibilidade de interferir e até mesmo determinar o êxito ou o fracasso no tratamento médico.

Ante o exposto, considera-se como o melhor enquadramento para a obrigação médica a obrigação de meio, em que “o médico não se obriga a curar, mas se obriga a utilizar técnicas e métodos corretos e a empregar acurada diligência no exercício de suas atividades profissionais” (KFOURI NETO, 2017, p. 260), em outros termos, este se obriga a empregar todos os métodos e técnicas disponíveis com o intuito de alcançar o resultado esperado, sem, contudo, obrigar-se à concretização deste.

Imputar ao médico qualquer tipo de responsabilização sem antes considerar a Álea Terapêutica como fenômeno inerente à atividade médica seria ignorar fatos que fogem à alçada médica, pois são impossíveis de se prever ou controlar. Assim, em todo tratamento médico deve-se ter como premissa o fato de que o sucesso do tratamento não depende somente do profissional da medicina, mas também de condições biológicas do paciente eivadas de Álea (CÉSAR FILHO et al., 2018/2019).

6 CONCLUSÃO

A partir do estudo apresentado, provoca-se o seguinte questionamento: seria justo imputar a responsabilização civil ao médico por dano ocorrido em um tratamento ou procedimento médico eivado de Álea, em que tenha sido comprovado o emprego correto dos meios e técnicas constantes na literatura médica por parte do profissional?

A resposta para esse questionamento parece claro e evidente, não seria justo responsabilizar o médico, quando este empregou todos os meios disponíveis ao alcance do resultado, por evento dotado de Álea, que, como dito, possui causas não antevistas e incontrolláveis, podendo surpreender até o mais experiente e capacitado profissional de saúde.

Contudo, não é assim que a parte majoritária dos tribunais do Brasil tem entendido, por isso, faz-se necessário trazer à tona a discussão e a orientação da observância da Álea Terapêutica para apuração de responsabilização médica.

Isso, com toda a certeza, trará frutos positivos e julgamentos com mais equidade, considerando todas as variáveis complexas e inimagináveis presentes na relação médico-paciente.

A Álea Terapêutica como excludente de responsabilidade médica ainda é pouco presente na jurisprudência e na doutrina brasileira, porém vem ganhando espaço, ainda que timidamente, nos casos de apuração de responsabilidade civil.

Portanto, é fundamental diferenciar resultados devidos à álea com resultados diretamente ligados à imperícia, incompetência, ou má prestação de serviços pelo profissional de medicina.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil.

BRASIL. **Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

CÉSAR SILVA. Michael et al. Lineamentos sobre a responsabilidade civil pela perda de uma chance na seara médica. **Revista Iniciação Científica.** revistas.newtonpaiva.br/inc. n. 7, vol 19. 2018/2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM - Brasil). **Código de ética médica.** Resolução Nº 2.217 DE 27/09/2018.

CONTEÚDO JURÍDICO. **Da responsabilidade civil do médico – a culpa e o dever de informação.** 31 maio 2010. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/colunas&colunista=151_Mariana_Pretel&ver=641.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil.** 9. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1994.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: teoria geral das obrigações.** v. 2. São Paulo: Saraiva.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico.**

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil: obrigações.** v. 2. São Paulo: Saraiva.

GIOSTRI HT. **Erro médico à luz da jurisprudência comentada.** 2. ed. Curitiba: Juruá Ed. 2004. <http://www.mat.ufrgs.br/~portosil/probab3.html>. Acesso em: 22 jan. 2022.

KFOURI NETO Miguel. Responsabilidade civil do médico. 6. ed. São Paulo, **Revista dos Tribunais,** 2007.

KFOURI NETO, Miguel. Culpa Médica e Ônus da Prova. São Paulo, **Revista dos Tribunais,** 2002.

KVASZ, Ladislav. O Elo Invisível entre a Matemática e a Teologia. **Revista de Estudos da Religião,** n.1, p. 118-29, 2007. Disponível em: https://www.pucsp.br/rever/rv1_2017/p_kvaz.pdf_129.

MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade Civil por Erro Médico: Doutrina e Jurisprudência.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MICHAELIS. Dicionário. s.d. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/busca?id=0Nbo> Acesso em: 15 jan. 2022.

OMETTO RTV. **Responsabilidade civil do médico cirurgião.** Capivari: Unimed Gráf. Ed., 2004.

PITTELLI S.D. A prestação obrigacional do cirurgião plástico como obrigação de resultado: sistematização e análise crítica dos fundamentos. **Saúde, Ética & Justiça.** 2011, vol.16, n. 2, p. 93-102.

RESUMO

O presente trabalho demonstra os elementos presentes em todo e qualquer procedimento cirúrgico, inclusive os estéticos, que influenciam categoricamente no resultado, o que impossibilita a garantia, por parte do profissional, da entrega do resultado. A garantia do resultado imputa ao profissional uma responsabilidade objetiva, fazendo com que, caso o resultado seja diferente daquele pretendido, obrigue ao profissional a obrigação de indenizar o paciente, independentemente de qualquer demonstração de culpa. O instituto da responsabilidade civil apresenta três elementos para sua caracterização, qual seja, a conduta, o dano ou prejuízo, e o nexo entre eles. E é na conduta humana que reside a intenção do agente. Nesse quesito, a responsabilidade pode ser subjetiva, em que há de se considerar a culpa, em sentido amplo, para verificar a responsabilidade do agente. Pode, ainda, a responsabilidade ser objetiva, quando não importa a intenção do agente, a simples conexão do dano à conduta já imputa ao agente o dever indenizatório. A responsabilidade objetiva aplica-se, via de regra, em atividades perigosas, nas quais, por força de lei, o agente assume os riscos da ocorrência dos danos, por exemplo, a responsabilidade do fabricante pelos danos causados por seus produtos. Todavia o resultado do procedimento, mesmo aqueles meramente estéticos, dependem de uma série de elementos alheios à conduta do profissional. A reação do corpo do paciente à anestesia, ou a medicação ingerida e a cicatrização do próprio corpo são eventos totalmente independentes da conduta do médico e interferem consideravelmente no resultado. Cabe ao profissional a obrigação de esclarecer ao paciente todos os riscos do procedimento, assim, caso ele opte por realizar o procedimento, assume os riscos de o resultado pretendido não ser alcançado.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Responsabilidade Objetiva. Obrigação de resultado. Procedimento estético.

¹ Pós-graduanda em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogada.

ABSTRACT

The present work demonstrates the elements present in any and all surgical procedures, including the aesthetic ones, which categorically influence the result, which makes it impossible for the professional to guarantee the delivery of the result. The guarantee of the result imposes strict liability on the professional, meaning that, if the result is different from the one intended, it obliges the professional to indemnify the patient, regardless of any demonstration of guilt. The civil liability institute presents three elements for its characterization, namely, the conduct, the damage or loss, and the nexus between them. And it is in human conduct that the agent's intention resides. In this regard, liability can be subjective, where guilt, in a broad sense, must be considered to verify the agent's liability. The liability can also be objective, when the agent's intention does not matter, the simple connection of the damage to the conduct already imputes the indemnity duty to the agent. Strict liability applies, as a rule, to dangerous activities, in which, by law, the agent assumes the risk of damage, such as the manufacturer's liability for damage caused by its products. However, the result of the procedure, even those that are merely aesthetic, depend on a series of elements unrelated to the professional's conduct. The reaction of the patient's body to anesthesia, or the medication ingested and the healing of the body itself are events totally independent of the physician's conduct and interfere considerably in the result. It is up to the professional to explain to the patient all the risks of the procedure, so, if he chooses to perform the procedure, he assumes the risks of the intended result not being achieved.

Keywords: Civil liability. Objective Responsibility. Result obligation. Aesthetic procedure.

1 INTRODUÇÃO

O instituto da responsabilidade civil nasceu nos tempos mais remotos, inicialmente embasada na ideia de vingança, na tão conhecida “Lei de Talião”, em que aquele que gerava dano deveria sofrer o mesmo dano que havia causado.

Um pouco mais evoluída, a responsabilidade civil passou a reger-se pela teoria da culpa, segundo a qual a conduta do agente seria, via de regra, analisada sob a égide da intenção, verificando aqui se o agente agiu de forma intencional, negligente, imprudente ou imperita.

No Brasil, hodiernamente, em caso de erro médico, é adotada a responsabilidade civil subjetiva, ou seja, é necessária a comprovação de culpa ou dolo para a imputação do dever indenizatório.

Isso porque, em regra, os atos do profissional de saúde desenvolvem-se como atividade de meio, ou seja, o agente deve utilizar todo o seu conhecimento e meios existentes na Medicina para tratar o paciente, sem vincular-se ao resultado de obter a cura.

Entretanto, conforme jurisprudência majoritária, os procedimentos de caráter meramente estéticos enquadrariam em atividade econômica, em que o profissional seria considerado fornecedor na relação de consumo e seria responsabilizado independentemente de culpa, bastando ser comprovado o nexo de causalidade entre a conduta (ação ou omissão) e o resultado danoso. Portanto, não importa a vontade do agente, mas o resultado ocorrido.

Nesses casos, se o resultado prometido não for alcançado, o profissional de saúde seria responsabilizado independentemente de culpa, exceto se na relação incida uma das causas de excludentes de responsabilidade, previstas no Código Civil.

A legislação de saúde pertinente, como os Códigos de Ética Médico e Odontológico, firma a obrigação do profissional de informar ao paciente todos os riscos do procedimento. O dever de informação é consubstanciado no termo de consentimento que deve ser explicado e assinado pelo paciente. Tal documento é que, inicialmente, demonstra que o paciente está ciente dos riscos do procedimento e assume que o resultado não é uma garantia do profissional.

É óbvio que, embora se trate de responsabilidade objetiva, a presunção de culpa do agente pode ser elidida mediante prova da ocorrência de fator imponderável capaz de afetar o seu dever de indenizar. Daí a importância de um documento claro, objetivo, que esclareça o paciente, mas que respalde o profissional de que cumpriu o seu dever, não de resultado, mas sim de informar o paciente de todos os riscos e, principalmente, do real papel do profissional.

O presente trabalho busca, então, demonstrar que, embora os procedimentos meramente estéticos apresentem um caráter de consumo que os procedimentos reparadores não apresentam, não deixam de ser uma busca por um resultado, portanto, obrigação de meio.

2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil determina que, aquele que voluntariamente, por ação ou omissão, causar dano a outrem deve indenizar. Tal determinação, preconizada no art. 186 do Código Civil, traz, inicialmente os termos que regem a relação jurídica e protegem aquele que for lesado:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Necessário entender todos os termos trazidos no referido artigo e todas as informações implícitas que ali residem.

O ato ilícito é ato jurídico que produz resultado contrário à lei. Ato jurídico, que nada mais é que uma espécie de fato jurídico, ou seja, todo acontecimento da vida considerado relevante para o direito, no qual o ordenamento pode ou não intervir. Em suma, então, ato ilícito é um acontecimento comum que gera dano a um bem juridicamente relevante.

E comete o ato ilícito aquele que age, voluntariamente, ainda que de forma omissiva.

A responsabilidade está inicialmente vinculada à ação, ainda que omissiva, do agente. Nesse sentido, o agente faz ou deixa de fazer algo que gera um resultado, causando dano a outrem. Ainda, a conduta pode ser voluntária, ou seja, intencionalmente ou ainda que sem intenção, mas assumindo o resultado, seja por negligência, imperícia ou imprudência.

A conduta voluntária, intencional, ou seja, dolosa, é aquela cujo objetivo do agente é o dano, quando, por exemplo, um médico voluntariamente deixa de realizar procedimento para salvar a vida do paciente por saber que ele é um criminoso perigoso. Nesse caso, o médico, de forma omissiva, causa um dano propositalmente ao paciente.

Já a conduta mediante negligência, imprudência ou imperícia é, conforme doutrina, a conduta culposa, em que o agente não quer o resultado, mas assume que pode acontecer, quando, por exemplo, o médico administra uma medicação sem um estudo do histórico médico do paciente e ele tem uma reação alérgica. Nesse caso, a intenção do médico não era desencadear uma alergia, mas ele assumiu o risco ao agir de forma imprudente, sem estudar o histórico alérgico do paciente.

No âmbito da culpa reside a grande maioria dos erros médicos.

E, aquele que comete o ato ilícito, dolosa ou culposamente, deve indenizar. Assim elucida Sílvio Venosa (2013, p. 1):

Em princípio, toda atividade que acarreta prejuízo gera responsabilidade ou dever de indenizar (...) O termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as consequências de um ato, fato ou negócio danoso.

Assim, o artigo mencionado alhures aduz que a reparação civil enseja quando observados três elementos: ato, dano e nexa causal, devendo incidir, no ato, o dolo ou a culpa.

Essa obrigação de indenizar advém, exatamente, da responsabilidade civil elucidada até aqui.

Em razão da culpa, a responsabilidade civil pode ser subjetiva, em que há de se considerar a culpa do agente, ou objetiva, em que a mera conduta já obriga a reparação.

2.1 Responsabilidade Subjetiva

A teoria da responsabilidade civil subjetiva indica que somente poderá ser condenado a arcar pelos danos causados pela prática do ato ilícito o agente que aja com culpa, em *latu sensu*, causando danos indenizáveis ou reparáveis, e entre a prática e o dano haja o nexa de causalidade.

Nos dizeres de Sérgio Cavalieri Filho (2012, p. 17):

A ideia de culpa está visceralmente ligada à responsabilidade, por isso que, de regra, ninguém pode merecer censura ou juízo de reprovação sem que tenha faltado com o dever de cautela em seu agir. Daí ser a culpa, de acordo com a teoria clássica, o principal pressuposto da responsabilidade civil subjetiva.

Via de regra, no ordenamento brasileiro, aplica-se a teoria da responsabilidade subjetiva, sendo assim, para imputar o dever indenizatório ao agente, é necessário comprovar que sua conduta restou eivada de culpa, em sentido amplo.

Todavia, existem relações em que somente a existência do dano e da conduta já imputam a quem agiu o dever reparatório, independentemente de qualquer culpa. Nesses casos incide a teoria da responsabilidade objetiva.

2.2 Responsabilidade Objetiva

Essa espécie da responsabilidade civil, em que não é necessária a aferição da existência de culpa para que a pessoa seja condenada pela prática do ato ilícito ocorrido, foi colocada pelo legislador civil em alguns artigos dentro do Código Civil de 2002, sendo os mais utilizados os dizeres do parágrafo único do art. 927 e o art. 931, que trazem as seguintes redações:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Art. 931. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.

Essa previsão moderna no ordenamento civilista de 2002, posto que o Código Civil de 1916 era essencialmente subjetivista, está estampada na Carta Magna desde 1988, no art. 37, §6º, que remete acerca da responsabilidade objetiva, tanto das entidades políticas (União, estados, Distrito Federal e municípios), da administração pública indireta (Autarquias, Fundações Públicas, Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista) e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, pelos danos que seus agentes causarem a terceiros.

Também, desde a entrada em vigor da Lei 8.078/91, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, cumprindo o mandamento constitucional estampado no art. 5º, XXXII, estabeleceu a responsabilidade civil objetiva nos contratos consumeristas, conforme se pode observar nos arts. 12, 14 do diploma legal citado, o que trouxe a lume uma nova área da responsabilidade civil, a chamada responsabilidade nas relações de consumo, que, pelo fato de sua grandiosa aplicabilidade, “não haveria nenhum exagero em dizer estar hoje a responsabilidade civil dividida em duas partes: a responsabilidade tradicional e a responsabilidade nas relações de consumo” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 18).

A objetividade nesse campo da responsabilidade civil é baseada na chamada teoria do risco no desempenho de determinadas atividades desenvolvidas, por conta do risco que tais atividades criam tanto para os seus beneficiários quanto para a população em geral.

Assim, como visto, essa situação de exceção tem como princípio a garantia dos valores dos indivíduos e da sociedade, garantindo a eles, caso sofram danos inerentes à atividade de determinadas pessoas, exista ou não relação jurídica entre as partes, bem como culpa ou dolo da pessoa constrangedora da norma civil, esta deverá arcar com os danos causados na prestação da atividade, respondendo objetivamente na reparação.

3 DA RESPONSABILIDADE DO PROFISSIONAL DE SAÚDE

Via de regra, o profissional da saúde assume obrigação de meio, ou seja, se compromete a utilizar todos os meios para atingir o melhor resultado, já que as ações e as reações do corpo humano são imprevisíveis e incertas.

Nesse sentido, o Código de Defesa do Consumidor determina que a responsabilidade do médico, como profissional liberal, será apurada mediante demonstração de culpa:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

(...)

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Isso porque o objeto do contrato estabelecido com o paciente não é a cura garantida, mas sim o compromisso do profissional no sentido de uma prestação de cuidados precisos e em consonância com a boa prática médica na busca pela cura. Isto acontece também com os advogados, por exemplo, que não se obrigam a vencer a causa, mas sim a defender os interesses dos clientes. Caso a obrigação desses profissionais fosse de resultado, poderiam ser responsabilizados se não obtivessem êxito na causa, no caso da advocacia, ou se o paciente experimentasse algum resultado danoso no tratamento necessitado, no caso da Medicina.

O Código de Ética Médica também determina, como se vê:

É vedado ao médico:

Art. 1º Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência.

(...)

Art. 3º Deixar de assumir responsabilidade sobre procedimento médico que indicou ou do qual participou, mesmo quando vários médicos tenham assistido o paciente.

Art. 4º Deixar de assumir a responsabilidade de qualquer ato profissional que tenha praticado ou indicado, ainda que solicitado ou consentido pelo paciente ou por seu representante legal.

Contudo, malgrado o Código de Ética Médica disponha em seu art. 1º, Parágrafo único: “A responsabilidade médica é sempre pessoal e não pode ser presumida.”, em determinadas situações excepcionais, o médico passa a ter obrigação de resultado, ou seja, somente há exoneração da obrigação quando o fim prometido é atingido.

Prevalece hoje o entendimento de que, caso o procedimento contratado seja meramente estético, por exemplo, quando do implante de prótese de silicone (em não havendo qualquer anomalia na mama), ou, ainda, quando da redução das linhas de expressão na face, por exemplo, nesses casos o profissional de saúde assume obrigação da entrega do resultado.

Nesse sentido já se manifestou o STJ:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. NULIDADE DOS ACÓRDÃOS PROFERIDOS EM SEDE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NÃO CONFIGURADA. CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. DANO COMPROVADO. PRESUNÇÃO DE CULPA DO MÉDICO NÃO AFASTADA. PRECEDENTES.

(...)

3. Apesar de abalizada doutrina em sentido contrário, este Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a situação é distinta, todavia, quando o médico se compromete com o paciente a alcançar um determinado resultado, o que ocorre no caso da cirurgia plástica meramente estética. Nesta hipótese, segundo o entendimento nesta Corte Superior, o que se tem é uma obrigação de resultados e não de meios.

(...) (REsp 236.708/MG, Rel. Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ FEDERAL CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), QUARTA

TURMA, julgado em 10/02/2009, DJe 18/05/2009)

Todavia, mister elucidar que, embora o profissional de saúde seja contratado para uma finalidade estética, o resultado não depende somente de sua conduta, seu conhecimento ou seu profissionalismo. O procedimento estético, como qualquer outro, depende de uma série de variáveis que fogem completamente de seu controle.

Outra questão importante para atenuar a responsabilidade do médico cirurgião plástico é a demonstração de que este cumpriu com o seu dever de informar os riscos de qualquer resultado insatisfatório, por exemplo, nos casos de cicatriz, quelóide e assimetrias. Nesses casos, é notório que cada pessoa possui um tipo de cicatrização, sendo algumas mais propensas para o resultado indesejado.

Todavia, a vasta jurisprudência tem contrariado a natureza da relação. Procedimentos estéticos, ainda que não busquem a cura de uma doença, são uma prestação em que o médico irá tentar alcançar o resultado.

A relação é deveras semelhante ao contrato firmado entre advogado e cliente. O profissional também é contratado, por óbvio, para ganhar a causa. Mas é de conhecimento geral que o advogado não se obriga ao resultado.

Porém, contrariando a nítida realidade, é vasta a jurisprudência que responsabiliza o profissional de saúde, às vezes mesmo que a perícia demonstre que a conduta foi acertada:

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO. Erro médico. Cirurgia plástica estética. Obrigação de resultado. Nexo causal entre a cirurgia e a deformidade apresentada pela paciente. Prova produzida nos autos comprova de forma suficiente o resultado insatisfatório, a despeito da conclusão do laudo pericial pelo emprego da boa técnica. Obrigação de resultado que não torna a responsabilidade objetiva, mas inverte o ônus da prova, cabendo ao médico justificar as razões de eventual insucesso da intervenção. Réu que não se desincumbiu do ônus de demonstrar a razão do resultado parcialmente insatisfatório da cirurgia. Dever de indenizar a paciente. Inequívoca existência de danos morais. Circunstâncias do caso concreto recomendam que a indenização seja fixada no montante de R\$10.000,00, que cumprem a função ressarcitória e preventiva. Danos estéticos igualmente verificados, a serem ressarcidos na quantia de R\$5.000,00. Danos materiais, que não podem abranger a totalidade dos valores pagos pela paciente, uma vez que o resultado foi parcialmente alcançado. Ação parcialmente procedente. Recurso provido em parte. (TJSP; Apelação Cível 1001610-86.2015.8.26.0510; Relator (a): Francisco Loureiro; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Foro de Rio Claro - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 26/10/2020; Data de Registro: 26/10/2020)

EMENTA: CIRURGIA PLÁSTICA - RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL - SERVIÇOS RELACIONADOS AO ESTABELECIMENTO HOSPITALAR - AUSÊNCIA - RESPONSABILIDADE DO MÉDICO - OBJETIVA - OBRIGAÇÃO DE RESULTADO - PROCEDIMENTO CIRÚRGICO DE NATUREZA ESTÉTICA - PROVA DE CAUSA EXCLUDENTE DA REPARAÇÃO - AUSÊNCIA - DANOS MORAIS E MATERIAIS - VALOR DA INDENIZAÇÃO - CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO - EXTENSÃO DO DANO - PROPORCIO-

NALIDADE E RAZOABILIDADE - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA - ARTIGO 85, PARÁGRAFO 2º, DO CPC/15 - PARÂMETROS DE FIXAÇÃO.

I - Em se tratando de instituição hospitalar, onde foi realizado o procedimento cirúrgico, a responsabilidade objetiva do prestador de serviços, na inteligência do artigo 14 do CDC, restringe-se aos serviços relacionados ao estabelecimento, notadamente aqueles atinentes à estadia do paciente, instalações, equipamentos, serviços de enfermagem e exames. Ausente prova do nexo de causalidade entre o fato gerador e os danos causados à paciente, resta afastada a responsabilidade do hospital. II - A cirurgia estética atrai a obrigação de resultado, porquanto o médico contratado se compromete a alcançar um resultado específico com a realização do procedimento. Ausente comprovação de causa excludente do dever de indenizar, impõe-se a manutenção da obrigação do médico em reparar os danos causados à paciente. III - Na fixação de indenização por dano moral, deve o magistrado sopesar as lesões sofridas pela parte e a sua extensão, de forma sempre atenta aos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da vedação ao enriquecimento ilícito. IV - Evidenciado que os honorários sucumbenciais foram fixados em consideração às diretrizes estabelecidas na norma legal, é de rigor a rejeição da pretensão recursal visando sua redução. (TJMG - Apelação Cível 1.0145.12.076496-7/001, Relator(a): Des.(a) Fabiano Rubinger de Queiroz, 10ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 18/08/2020, publicação da súmula em 21/08/2020)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCP. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. RENOVAÇÃO DO PEDIDO NA VIA ESPECIAL. DESNECESSIDADE. AÇÃO INDENIZATÓRIA. CIRURGIA PLÁSTICA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. PROFISSIONAL QUE DEVE AFASTAR SUA CULPA MEDIANTE PROVA DE CAUSAS DE EXCLUDENTE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

Nos termos da jurisprudência mais recente desta Corte, não há mais necessidade de o recorrente renovar o pedido de concessão do benefício da assistência judiciária gratuita na interposição do recurso especial se ele já vem litigando sob o pálio da justiça gratuita.

Possuindo a cirurgia estética a natureza de obrigação de resultado cuja responsabilidade do médico é presumida, cabe a este demonstrar existir alguma excludente de sua responsabilização apta a afastar o direito ao ressarcimento do paciente.

Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1468756/DF, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/05/2016, DJe 24/05/2016)

Assim, nos termos do atual entendimento, o profissional, ao realizar procedimento meramente estético, assume obrigação de resultado, imputando ao profissional comprovar a ausência de culpa na conduta.

4 DAS EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Ainda que a jurisprudência entenda ser os procedimentos estéticos obrigação de resultado, pode o profissional demonstrar que o resultado experimentado sofreu influências que o eximem de qualquer culpa.

Nesse sentido, o ordenamento jurídico apresenta possibilidades de, embora tenha o paciente experimentado o dano, tal resultado se enquadrar nesses casos. Assim, não há o nexo entre a conduta e o resultado.

Três são os casos de excludente de responsabilidade: culpa exclusiva da vítima, caso fortuito e força maior.

4.1 Culpa Exclusiva da Vítima

Existem casos em que existe a conduta do profissional de saúde e existe um resultado danoso, todavia há um acontecimento que quebra o nexo entre esses elementos. Tal acontecimento se resume em uma conduta do paciente que, de fato, culminou no resultado inesperado.

É o caso, por exemplo, da paciente que logo após procedimento estético invasivo, como uma lipoaspiração, se expõe a sol excessivo. Nesse caso, a cicatrização será consideravelmente afetada, o que pode causar queloides e marcas inesperadas.

Nesse caso, embora a cicatrização tenha se dado pela cirurgia, a intercorrência na cicatrização se deu, exclusivamente, por inobservância no pós-operatório.

Inegável que a excludente aqui apresentada só poderá ser alegada se o profissional tiver de fato esclarecido sobre todos os cuidados no pós-operatório.

Assim, resta evidente, mais uma vez, a importância do termo de consentimento claro e objetivo, que demonstra que o profissional esclareceu o paciente de todos os cuidados necessários.

Ainda se encaixando na culpa exclusiva da vítima, há os casos em que uma circunstância preexistente não declarada influencia no resultado.

Por exemplo, existem casos em que o paciente omite informações, como o uso de drogas, como cigarro ou álcool, e durante a cicatrização desenvolvem complicações, como necroses ou fibroses. Nesses casos, cabe ao paciente informar a realidade dos fatos quando da entrevista junto ao profissional e, ainda, cabe ao profissional esclarecer os riscos para o paciente.

4.2 Caso Fortuito ou Força Maior

Assim como nos casos em que há a culpa exclusiva da vítima, quando reconhecido o caso fortuito ou força maior no fato, há também a quebra do nexo causal entre a conduta e o dano.

O caso fortuito relaciona-se com eventos que independem das partes envolvidas no dano ou que sejam imprevisíveis, como uma reação alérgica a algum componente nunca experimentado pelo paciente. Já a força maior está relacionada a eventos naturais que, ainda que previsíveis, são inevitáveis, como uma queda que possa romper os pontos de uma cirurgia.

Nesses casos também não há dúvida quanto à não culpabilidade do profissional de saúde no resultado danoso.

5 CONCLUSÃO

Como exposto, quando um paciente decide realizar um procedimento estético, ele assume, junto ao profissional, a responsabilidade pelos resultados, sejam benéficos ou não. Afinal, o resultado depende do histórico médico do paciente, que não depende de nenhuma conduta do profissional, depende também do conhecimento médico e ainda do pós-operatório. Apenas no segundo momento é que se tem de fato a conduta médica influenciando o resultado, o primeiro e últimos momentos dependem do paciente.

Importante, porém, entender que é de extrema importância que o dever de informar do profissional de saúde seja estritamente cumprido, pois só assim é possível afirmar que o paciente tinha conhecimento da importância de contar toda a verdade sobre seu histórico médico e, ainda, entendeu a importância em obedecer a todas as instruções do pós-operatório.

Nesse sentido, uma vez que tantos elementos alheios à conduta do profissional médico influenciam no resultado, impossível afirmar que este se obriga ao resultado, sendo que os procedimentos estéticos somente diferem dos procedimentos reparadores no que tange ao motivo da realização, mas o resultado e as intercorrências que podem alterá-lo têm a mesma natureza em ambos os procedimentos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código de Ética Médica. **Resolução nº 1.931 de 2009**. Disponível em: www.portal.cfm.org.br. Acesso em: 27 jan. 2022.

BRASIL. Código Civil. **Lei nº 10.406 de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 13 fev. 2022.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. **Lei nº 8.078 de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 13 fev. 2022.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

Violência obstétrica e o ordenamento jurídico brasileiro: uma análise dos julgados proferidos pelo TJDFT sobre a temática

Jéssyca Costa Santos¹

Orientador: Hugo Rios Bretas²

RESUMO

O presente artigo apresenta um estudo acerca da ocorrência de violência obstétrica trazendo casos práticos que foram judicializados junto ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), percebendo se houve a guarda dos princípios que norteiam o Direito Médico sob a ótica da relação entre profissional e paciente considerando a hipervulnerabilidade da mulher bem como a existência de responsabilidade médica, com a análise dos julgados e projetos de lei em tramitação que planejam regulamentar os direitos da mulher durante a gestação, pré-parto, parto e puerpério, as boas práticas obstétricas e a exterminação da violência obstétrica.

Palavras-chave: Parto. Violência obstétrica. Ética médica. Julgados. TJDFT. Projeto de lei.

1 Pós-Graduanda em Direito Médico e Odontológico pela Universidade Corporativa Anadem - UCA. Graduada em Direito pela UniProjeção. Membro da Comissão de Direito Médico OAB/DF.

2 Doutorando e Mestre em Direito Privado, Pós-graduado em Direito Civil e Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; Coordenador dos cursos de Graduação Mediação, Serviços Registros e Notariais, Serviços Penais, Serviços Judiciais, Segurança Pública e Segurança Privada. Coordenador das Pós-Graduações de Direito Público, Direito de Família e das Sucessões, Conselheiro Representante das Ciências Jurídicas no Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão (CONSEPE), Representante docente da pós-graduação na Comissão Própria de Avaliação (CPA), Professor Adjunto I da Escola de Direito, EAD, Extensão e Conteudista do Centro Universitário Newton Paiva; Coordenador da Pós-graduação em Direito Público, Constitucional e Ambiental, membro do colegiado e Professor Adjunto da pós-graduação e graduação da FUNCESI. Professor das Pós-graduações do SENAC, UNIPAC, UCA-DF e MILTON CAMPOS. Membro da Comissão Estadual de Advogados Professores da Ordem dos Advogados do Brasil (OABMG).

ABSTRACT

This article presents a research of the occurrence of obstetric violence in Brazil, bringing practical cases that were judicialized before the Court of Justice of the Federal District and Territories - TJDFT, realizing if there was a guard of the principles that guide Medical Law from the perspective of the relationship between professional and patient, considering the hypervulnerability of women, as well as the existence of medical responsibility, with the analysis of judgments and bills in progress that propose to regulate women's rights during pregnancy, pre-delivery, childbirth and puerperium, good practices obstetrics and the extermination of obstetric violence.

Keywords: Childbirth. Obstetric violence. Medical ethics. Judgments. TJDFT. Bill.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federativa do Brasil de 1988 (CF, 88) assegura os direitos e garantias fundamentais, tutelando em seu art. 5º que todos são iguais perante a lei, garantindo que ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante, vedando assim quaisquer ocorrências de discriminações (BRASIL, 1988). No mesmo aspecto, o Código de Ética Médica estabelece em seu capítulo inaugural que a Medicina é um serviço de saúde do ser humano e da coletividade e será exercida sem discriminação de qualquer natureza (BARROS, 2019).

Na situação de gestação, pré-parto, parto e puerpério, a mulher requer a proteção não só da sua vida como também da vida do nascituro, proteção incumbida aos profissionais de saúde, que devem evitar qualquer dano à paciente e ao filho. Em 2018, a Razão de Mortalidade Materna (RMM) no Brasil foi de 59,1 óbitos para cada 100 mil nascidos vivos, segundo os dados mais recentes do Ministério da Saúde (SZWARCOWALD, 2014). Esse índice corresponde a quase o dobro da meta da Organização das Nações Unidas (ONU), conforme os objetivos do Desenvolvimento Sustentável, que busca reduzir o número para 30 óbitos a cada 100 mil nascidos vivos até o ano de 2030.

A violência obstétrica (VO) pode ser entendida como um tratamento desumanizado direcionado a mulheres durante o parto. Nada impede que sua prática também ocorra durante a sua gestação, no pré-parto e no puerpério. O sujeito ativo é próprio e será ocupado por um profissional de saúde, caracterizando diferentes formas de violência e danos através do desrespeito, abusos, maus-tratos físicos, verbais e psicológicos, bem como a adoção de procedimentos desnecessários e danosos.

A pesquisa está organizada em capítulos. O inaugural traz as ideias conceituais que serão debatidas, o segundo capítulo versa sobre os princípios que guiam o direito médico e o seguinte aborda a relação médico-paciente. Em sequência a violência obstétrica em suas mais variadas formas. Ao final, são trazidos os estudos de casos através das decisões proferidas nos acórdãos do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT) e os projetos de lei em tramitação acerca do tema.

De forma geral, a violência obstétrica foi analisada partindo do pressuposto da relação médico-paciente, observando os aspectos e princípios éticos, e a responsabilidade do profissional de saúde, apresentando os traços consumeristas entre as partes e os relacionando ao estado de gestação, pré-parto ou puerpério para ser possível compreender como se constroem os conflitos relacionados à saúde da mulher e a violência obstétrica.

De forma específica, a pesquisa visou observar como são exploradas as decisões judiciais das lides que tramitaram na segunda instância do TJDFT entre os anos 2018 a 2022, a fim de analisar o perfil das decisões proferidas, verificar os danos ocorridos, suas consequências, se houve a guarda dos princípios que governam o Direito Médico, para que seja possível a compreensão da linha decisória do ordenamento jurídico local sobre a problemática violência obstétrica, identificando as decisões favoráveis e desfavoráveis e os princípios e preceitos resguardados pela tribuna.

2 CONCEITOS

2.1 O parto

Atualmente, existem cerca de sete tipos de parto, os mais comuns e conhecidos são o parto vaginal e o parto cesárea (DOMINGUES, 2014). A partir desses surgiram as demais variações. No parto vaginal o bebê nasce pelo canal da vagina, indicando que o parto não é cirúrgico. Devido a essa característica, o parto vaginal acaba sendo facilmente confundido com o parto normal, natural e/ou humanizado.

Ocorre que no parto natural, além de não ocorrer cirurgia, há o mínimo possível de intervenção médica, recorrendo aos métodos naturais no intuito de minimizar desconfortos para a mãe e para o filho. A chegada do bebê é determinada pela mulher conforme os sinais indicativos do seu corpo. Nos anos 70 foi desenvolvido um método francês chamado Método Leboyer, também conhecido como parto sem violência, e que segue a ideia do parto natural para que o nascimento do bebê cause o mínimo de estresse possível.

No parto normal, que é o mais conhecido entre os partos vaginais, pode ocorrer a intervenção de medicamentos e a episiotomia, mesmo o bebê nascendo através do canal vaginal.

Já o parto humanizado não corresponde à mudança de método, mas sim à mudança de como a gestação e o parto são conduzidos, por oferecer maior autonomia para a mulher, sendo que a assistência prestada será conduzida conforme as suas necessidades, sempre respeitando suas escolhas. No parto humanizado a mulher determina o que é melhor para si, devidamente acompanhada por uma equipe médica em constante avaliação da saúde da mãe e do bebê. Nessa opção, a gestante pode informar se deseja fazer uso de anestésicos, fazer a escolha de quem irá acompanhá-la no parto, o local a ser realizado, dentro de outras preferências que podem ser manifestadas.

Existe a opção de parto na água, que é realizado em uma banheira de água morna. Segundo os especialistas, o parto traz benefícios tanto para o bebê quanto para a parturiente. A água morna remete à temperatura do corpo da mãe e do líquido amniótico, mantendo o bebê quentinho, ao cair na banheira ele ainda terá a sensação de estar no corpo da mãe. Este parto também se mostra vantajoso para a parturiente, tendo em vista que a água morna pode colaborar para o alívio das dores e tensões.

Ainda é possível dar à luz por meio do parto de cócoras, que se refere à posição que a mãe se coloca na hora do parto. Na intenção de obter algumas vantagens, como a brevidade do parto devido ao relaxamento da musculatura, a mulher se posiciona agachada, dessa forma, ocorre a abertura do períneo juntamente com a gravidade. O parto de cócoras requer a adoção de cuidados especiais, como dilatação necessária para o parto, e que o peso do bebê seja abaixo de 4 kg. Além disso, é indispensável que ele esteja posicionado de cabeça para baixo.

O parto cesárea é bastante realizado, sua ocorrência se dá através de intervenção cirúrgica. Por escolha da mulher, ou em casos em que o parto vaginal seja arriscado à saúde e à vida da mulher e

também à vida do bebê. Seu número de ocorrências tem se tornado tão elevado, que a OMS recomenda que, nos casos que não haja riscos, o parto vaginal seja mais incentivado devido à longa recuperação que o parto cesárea requer e também a possíveis riscos por se tratar de uma cirurgia.

Existe ainda a opção de cesárea humanizada. Mesmo o nascimento ocorrendo por meio de uma intervenção cirúrgica, ele leva em consideração a opinião da mulher e suas escolhas para o momento do nascimento de seu filho. Nesse modo, a participação da mãe e sua autonomia são preservadas. Por esses motivos ele difere do modo convencional da cesárea, já que permite que a mãe escolha uma música para aquele momento, que pode deixá-la mais tranquila e confiante, se terá acompanhante, também terá o bebê junto dela imediatamente após o nascimento, possibilitando a troca de calor entre eles nos primeiros segundos de vida.

2.2 Hipervulnerabilidade da mulher

A vulnerabilidade é uma realidade social que evidencia a fragilidade e a dificuldade que determinados sujeitos sofrem ao se depararem com seus direitos basilares sendo cerceados. Possui um conceito amplo e alcança todas as minorias e suas múltiplas violações.

O trabalho “Regras de Brasília sobre Acesso à Justiça das Pessoas em condição de Vulnerabilidade” conceitua pessoas em condição de vulnerabilidade como aquelas que por razão da sua idade, gênero, estado físico ou mental, ou por circunstâncias sociais, econômicas, étnicas e/ou culturais, encontram especiais dificuldades em exercer seus direitos de forma plena e de que estes sejam reconhecidos perante a justiça. Relaciona como causas de vulnerabilidade a idade, a incapacidade, a pertença a grupos de minorias, a vitimização, a pobreza, a privação de liberdade, o gênero, entre outros (IBERO-AMERICANA, CÚPULA JUDICIAL, 2008).

Quanto ao gênero, a vulnerabilidade da mulher se descreve por toda discriminação contra a mulher, toda distinção ou exclusão que se baseia em seu sexo e que vise ao menosprezo ou anulação de seu reconhecimento, seu exercício de direitos nas mais diversas esferas. Vejamos o que é trazido em seu item 17: “A discriminação que a mulher sofre em determinados âmbitos pressupõe um obstáculo no acesso à justiça, que se vê agravado naqueles casos nos quais concorra alguma outra causa de vulnerabilidade.”

A hipervulnerabilidade ou excepcional vulnerabilidade pode ser definitiva ou temporária, e é direcionada aos consumidores que estão em situação especial. A hipervulnerabilidade da mulher se evidencia na ocasião em que esta ocupa a posição de mulher, de gestante e de consumidora, concomitantemente. A vulnerabilidade se mostra agravada diante da tríade em que a gestante se encontra, tornando evidente que, devido às suas questões biológicas temporárias, fatores fáticos e socioeconômicos, acesso à informação e demais aspectos, a mulher está em uma situação especial, ainda que temporariamente.

Em seu trabalho abordando a autonomia dos vulneráveis no direito privado brasileiro, a autora Cláudia Lima Marques define a vulnerabilidade da consumidora gestante no aspecto fático ou socioe-

conômico, enquadrando-o às transformações fisiológicas naturais decorrentes do período gestacional, bem como ao período pós-parto, já que em razão do puerpério ela sofre diversas alterações hormonais e psíquicas, ficando, conseqüentemente, mais vulnerável (MARQUES, 2016).

Do ponto de vista técnico ou profissional e econômico, a autora apresenta o fato histórico de as mulheres ocuparem categoria secundária no que diz respeito à produção de bens e serviços e movimentação da economia, se comparada aos homens.

Já no âmbito jurídico ou científico, analisa o aspecto informacional da gestante, seu nível de escolaridade, quantos filhos possui, o que corrobora para uma posição ainda mais vulnerável conforme seja a sua realidade, sendo facilmente possível que ela sequer saiba identificar como antijurídicas as faltas sofridas.

Deste modo, resta evidente que a gestante na posição de consumidora tem a sua vulnerabilidade agravada em múltiplos sentidos, sendo, portanto, hipervulnerável, tornando necessária uma ampliação de proteção jurídica em sua defesa, para dirimir ou até mesmo evitar possíveis violações.

3 PRINCÍPIOS

3.1 Aspectos éticos

Com o surgimento da Bioética na década de 70, objetivou-se a análise de casos concretos acerca de problemas éticos advindos da prática de assistência à saúde, no dia a dia do profissional médico. Quase uma década após o surgimento da Bioética, os americanos Tom L. Beauchamp e James F. Childress publicaram o livro “Principles of Biomedical Ethics” que nos traz quatro princípios básicos a respeito do tema: a autonomia, justiça, não maleficência e beneficência, que em conjunto servem como regras gerais que auxiliam na tomada de decisões.

No mesmo sentido, o Código de Ética Médica – Resolução CFM nº 1.931/09 – descreve em seu capítulo inaugural os princípios fundamentais para a atuação médica, trazendo em seu inciso II a seguinte premissa “O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional.” (BRASÍLIA, 2009).

É imperioso destacar que compete ao médico zelar pela saúde humana, empregando toda a sua atenção ao indivíduo de modo a oferecer-lhe o melhor dentro da sua atividade profissional. É dever do médico atender de forma humanizada e personificada, selecionando para cada caso todas as medidas que entender válidas para solucionar o que está ocorrendo.

Na mesma seara, o inciso VI versa sobre respeito ao ser humano e vedação à provocação de sofrimento. Vejamos:

VI - O médico guardará absoluto respeito pelo ser humano e atuará sempre em seu benefício. Jamais utilizará seus conhecimentos para causar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade.

Trata-se de respeitar o ser humano em todas as suas particularidades, em todos os aspectos no decorrer de toda a trajetória profissional, trazendo o melhor para o paciente tanto no campo ético quanto no sentido técnico-assistencial. Dessa maneira, é intolerável qualquer prática que venha a trazer malefícios que atentem contra a dignidade da pessoa do paciente, devendo o profissional se abster de causar danos e prejuízos de qualquer natureza ao paciente, consagrando, portanto, os princípios da beneficência e da não maleficência, trazidos pela Bioética.

3.2 Transparência

Cabe ao médico prestar todos os esclarecimentos pertinentes à situação do paciente. No caso de uma gestação, é imperioso que o profissional traga todas as elucidações à mulher, de forma que esta percorra o período de ciese ciente do processo evolutivo que sofre o seu corpo. Deve, portanto, tornar acessível o esclarecimento sobre o momento de dar à luz, tipos de parto existentes, quais estão disponíveis à sua realidade diante de suas possibilidades genéticas, e as factíveis complicações e riscos à paciente e ao bebê.

O art. 13 do Código de Ética Médica veda ao médico deixar de esclarecer o paciente sobre qualquer fator determinante de sua doença, ou seja, o proíbe de omitir ou deixar de explicar qualquer informação ou esclarecimento que seja de conhecimento profissional. O dispositivo vai ao encontro do que estabelece a Constituição Federal e o Código de Defesa do Consumidor no que diz respeito ao acesso à informação. (BRASIL, 1990).

Tratando-se de gestante, que ocupa lugar de hipervulnerabilidade, faz-se necessária a adoção de maiores cuidados no que se refere a informações visando a sua proteção. É fundamental que a mulher saiba tudo que ela pode solicitar e tudo que ela tem direito durante seu atendimento com o profissional, seja durante a gestação no seu pré-natal, seja em uma consulta de emergência, durante o parto ou após este.

A ANS em sua Resolução nº 368, de 6 de janeiro de 2015, descreve os direitos de acesso à informação das mulheres a serem prestadas pelo plano de saúde às suas beneficiárias quanto aos percentuais de cesáreas e de partos normais, por operadora, por médico, por unidade de saúde, orienta como utilizar o partograma do cartão de gestante no âmbito da saúde suplementar. (AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR, 2015).

O Conselho Federal de Medicina (CFM), em sua recomendação nº 1/2016, dispõe sobre a obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica. O termo compreende o ato de decisão, concordância e aprovação do paciente ou de seu representante, após a necessária informação e explicações, sob a responsabilidade do médico, a respeito dos procedimentos diagnósticos ou terapêuticos que lhe são indicados. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2016).

Logo, para que ocorra uma cirurgia cesariana de forma eletiva, faz-se necessária a assinatura da gestante do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, em que estará declarado que possui ciência dos riscos associados à cirurgia.

3.3 Autonomia do paciente

A autonomia do paciente fortalece a relação médico-paciente por estabelecer uma ligação entre as partes, gerando aumento de confiança e cooperação mútua. Visa que sempre seja observada a vontade do paciente nas decisões, sendo-lhe permitido deliberar sobre o tratamento juntamente com o médico, e, ainda, lhe confere a possibilidade de recusar alguma forma de intervenção proposta pelo profissional.

A gestante possui o direito de escolha de qual parto será realizado, de forma que o profissional, sob o viés ético, exercerá, em casos de risco para a mulher e o bebê, sua autonomia profissional. A autonomia do paciente se mostra não só como direito do paciente, como também dever do médico. Vejamos o que estabelece o Código de Ética Médica, no inciso XXI:

XXI - No processo de tomada de decisões profissionais, de acordo com seus ditames de consciência e as previsões legais, o médico aceitará as escolhas de seus pacientes, relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas.

O médico fará todo o acompanhamento gestacional e também observará a evolução do parto, examinando se o avanço está dentro da normalidade esperada, e, caso alguma intercorrência ou patologia ocorra, seja durante a gravidez ou no parto, deverá atuar, intervindo em prol da saúde e vida da paciente e do bebê e assegurando o retorno ao processo natural.

3.4 Responsabilidade civil médica

A responsabilidade civil se mostra como um dever jurídico de reparar um dano causado em decorrência da violação de um dever jurídico originário.

Maria Helena Diniz (2009, p. 35) conceitua a responsabilidade civil da seguinte forma:

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela praticado, por pessoa que por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.

A responsabilidade civil é o resultado do ato ilícito causado a alguém, tendo a necessidade de ressarcir o dano provocado.

O Código Civil fundamenta o ato ilícito “art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.” (BRASIL, 2002)

Nas tratativas da responsabilidade civil leva-se em consideração o comportamento do indivíduo, que muitas vezes é a causa do dano, incidindo, portanto, o dever de reparar o dano causado. Para tanto, devem estar presentes o mau comportamento do agente e um nexo causal entre quem sofreu o dano e quem o causou.

O nexo de causalidade é a existência da ligação entre a ação ou omissão do agente, que a liga ao dano sofrido pela outra parte. A responsabilidade civil incidirá apenas em casos em que existir a relação de causalidade entre o dano e a ação que deste resultou.

O dano deve ser decorrente da ação ou omissão do agente imputado como causador do dano, para que este resulte em uma obrigação de indenizar. Para tanto, a vítima deverá apresentar provas de que sofreu o dano e que este tem relação com a causa, pois, mesmo que haja culpa e dano, é imperiosa a comprovação do nexo causal.

Conforme estabelece o Código Civil (CC), a responsabilidade civil se divide em responsabilidade objetiva e responsabilidade subjetiva. Maria Helena Diniz as define da seguinte forma:

Definir a responsabilidade civil como a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio 47 imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal. Definição esta que guarda, em sua estrutura, a ideia da culpa quando se cogita da existência de ilícito (responsabilidade subjetiva), e a do risco, ou seja, a responsabilidade sem culpa (responsabilidade objetiva). (DINIZ, 2009, p. 34).

No tocante ao princípio da responsabilidade, o Código de Ética Médica estabelece tanto em sua parte principiológica quanto em suas vedações as responsabilidades do médico perante seus atos profissionais “XIX – O médico se responsabilizará, em caráter pessoal e nunca presumido, pelos seus atos profissionais, resultantes de relação particular de confiança e executados com diligência, competência e prudência.”. (BRASÍLIA, 2010).

No mesmo sentido, o documento versa sobre as vedações estabelecidas ao profissional médico: “É vedado ao médico: art. 1º Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência. Parágrafo único. A responsabilidade médica é sempre pessoal e não pode ser presumida”. (BRASÍLIA, 2010).

O debate que circunda a responsabilidade do médico é qual seria a responsabilidade que o profissional tem no exercício de sua profissão. A responsabilidade do profissional médico sempre será subjetiva, dependendo, portanto, da ocorrência de dolo ou culpa, por causar algum dano à paciente decorrente de negligência, imprudência ou imperícia. A responsabilidade civil objetiva recai sobre o Estado, instituições hospitalares públicas ou privadas. No mesmo entendimento, dispõe o art. 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor: “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”. (BRASIL, 1990).

Por conseguinte, a conjectura da culpa nos atos de natureza médica é que determina a sua responsabilidade civil, por se manifestar mediante culpa ou dolo. Se houver intenção de forma conscien-

te do profissional, ou caso este tenha assumido o risco que poderia ocasionar algum dano ao paciente, incidirá a culpa.

4 DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

A Constituição Federal de 1998 estabelece em seu art. 6º os direitos sociais, assegurando a todos a saúde, a educação, a segurança, a proteção à maternidade e à infância, dentre outros, na forma da Constituição. Nota-se que o direito à saúde e também a proteção à maternidade ocupam posição fundamental, pois visam atender aos preceitos fundamentais da dignidade da pessoa humana. (BRASIL, 1988).

A relação médico-paciente apresenta algumas peculiaridades e já foi objeto de diversos debates doutrinários. Apesar de divergir do entendimento adotado no Código de Ética Médica, o Código de Defesa do Consumidor é a norma que rege a relação médico-paciente, tanto na lei quanto na jurisprudência atual. (PEREIRA, 2010).

A relação jurídica entre eles decorre de um contrato privado, que surge da relação de confiança estabelecida, mediante a remuneração entre paciente e profissional. Tal relação visa à saúde, ao bem-estar físico, psicológico e social do paciente, por meio da prestação de serviços médicos. Dessa forma, a relação passa a ser vista não mais pela forma do aspecto patrimonial, tendo, portanto, a consideração da vontade do paciente, do seu exercício de autodeterminação com poder de decisão, tornando-se diálogo-consensual.

Trataremos acerca da relação jurídica entre médico-paciente resultante de contrato privado, com regulação do Código de Defesa do Consumidor e também do Código Civil, decorrentes da relação de confiança entre as partes, na qual o médico atua como profissional liberal, mediante remuneração, prestando seus serviços técnicos e científicos.

4.1 Relação de consumo

Os polos da relação de consumo são o fornecedor e o consumidor. Na visão da área médica, conforme descreve o Código de Defesa do Consumidor, podemos conceituar consumidor como pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza serviços como destinatário final. Já o fornecedor é aquele que desenvolve atividades de prestação de serviços, seja ela pessoa física (profissional liberal) ou jurídica (hospitais, clínicas e estabelecimentos de saúde em geral).

O CDC estipula em seu art. 6º como direitos básicos do consumidor a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos. Indica a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações, o que vai ao encontro da transparência e dever de informação do médico, bem como a liberdade de escolha e autonomia do paciente.

O paciente é consumidor do fornecedor médico, pois utiliza os serviços que o profissional liberal fornece. O conhecimento do profissional da área médica é remunerado pela prestação de ser-

viços, enquadrando-os na relação consumerista. A atual sociedade se mostra livre do anterior temor ao médico, em que o consumidor não mais se vê em posição de sujeição a tudo que a ele é prescrito, entrando em cena a autonomia do paciente, a relação de confiança e o respeito profissional.

Dentro da relação de consumo, é possível listar exemplos do cotidiano médico-paciente que destoam dos preceitos pregados pelo CDC e ferem a defesa do consumidor-paciente.

Um exemplo é a ausência de um prévio orçamento para a prestação de serviços médicos. Dá-se que o CDC estabelece em seu art. 40:

Art. 40. O fornecedor de serviço será obrigado a entregar ao consumidor orçamento prévio discriminando o valor da mão-de-obra, dos materiais e equipamentos a serem empregados, as condições de pagamento, bem como as datas de início e término dos serviços.

É comum dentre as unidades médicas a realização de procedimentos no paciente e que este tome ciência do valor de sua fatura após a concretização do serviço de saúde. Sendo assim, o médico está obrigado a entregar ao paciente o orçamento prévio e somente diante de sua concordância, colocar o seu serviço técnico científico em prática.

Outro fato comumente vivenciado é a negativa de acesso ao prontuário médico. Tal negativa está descrita nas vedações estabelecidas no Código de Ética Médica, art. 88 “negar, ao paciente, acesso a seu prontuário, deixar de lhe fornecer cópia quando solicitada, bem como deixar de lhe dar explicações necessárias à sua compreensão, salvo quando ocasionarem riscos ao próprio paciente ou a terceiros”, bem como faz parte das infrações penais elencadas no CDC “Art. 72. Impedir ou dificultar o acesso do consumidor às informações que sobre ele constem em cadastros, banco de dados, fichas e registros.” (BRASIL, 1990). O prontuário médico une todas as informações atinentes ao acompanhamento e tratamento do paciente e cabe ao médico sua guarda e fornecimento ao paciente ou responsável, tendo o direito de solicitar e receber cópias dos documentos.

A relação médico-paciente se mostra, portanto, predominantemente existencial, visto que está submetida ao princípio da dignidade, tendo como alvo a pessoa humana, suas peculiaridades, visando ao desenvolvimento de sua personalidade, logo, extrapola o viés patrimonial.

5 VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA E SUAS PRÁTICAS

A violência obstétrica (VO) é descrita no dossiê “Parirás com Dor” como atos praticados contra a mulher no exercício de sua saúde sexual e reprodutiva, podendo ser cometidas por profissionais de saúde ou outros profissionais envolvidos na atenção prestada à mulher no ciclo gravídico-puerperal. (PARTO DO PRINCÍPIO, 2012).

Além de ferir a saúde sexual e reprodutiva da mulher, retalha também o seu corpo, a sua dignidade e autonomia, sendo uma violência de gênero contra o sexo feminino em que atos são praticados contra seu corpo por meio de interferências e práticas realizadas sem o seu consentimento.

A VO pode ser identificada por meio de violência física, nas circunstâncias em que ocorrem ações contra o corpo da mulher que causem dor ou algum dano físico, que nele interfiram, sem nenhuma recomendação clínica. Seriam essas: uso constante de ocitocina (hormônio que tem a função de promover contrações uterinas), cesariana eletiva sem indicação clínica, manobra de Kristeller, não utilização de analgesia quando esta for indicada, dentre outras. (MARQUES, 2020).

De maneira psicológica, é toda ação verbal ou comportamental que possa acarretar instabilidade emocional, insegurança, medo, sentimento de vulnerabilidade ou inferioridade. Podem ser materializadas através de informações prestadas em linguagem pouco acessível, na utilização de ameaças ou chacotas, humilhações e grosserias, ofensas, chantagens e até mesmo desconsiderando seus padrões culturais.

Em caráter sexual, se descreve como toda ação que seja imposta à mulher que viole sua intimidade ou pudor ferindo sua integridade sexual e reprodutiva, tocando ou não suas partes íntimas ou órgãos genitais. Originam-se por meio de exames de toques invasivos de maneira constante e agressivos, assédio, episiotomia, rupturas, descolamento de membranas e cesariana sem consentimento informado.

As instituições também podem cometer VO, quando dificultam, retardam ou impedem o acesso da mulher aos serviços de atendimento à saúde, sejam de natureza pública ou privada. Também quando violam os direitos da mulher no seu período de gestação, parto ou puerpério ou quando a impedem de amamentar. (MEIRELLES, 2016).

A violência obstétrica em caráter material é quando ocorrem cobranças indevidas de plano e profissionais de saúde, por exemplo, o condicionamento de contratação de plano de saúde para possibilitar que a gestante tenha o direito de um acompanhante na hora do parto.

Sob o aspecto midiático encontram-se as ações praticadas por profissionais através das redes de comunicação que violam também psicologicamente as mulheres. São executadas por meio da apologia à cesariana sem indicação científicas e por motivos não adequados, ridicularização do parto normal, orientação para o desmame precoce, desincentivação da amamentação, dentre outros.

5.1 Episiotomia

Na episiotomia, corta-se a entrada da vagina com uma tesoura ou bisturi, muitas vezes sem a utilização de anestesia, e é também comumente conhecida como “pique”. Mostra-se altamente invasiva e afeta diversas estruturas da parte íntima da mulher, como períneo, músculos e tendões, podendo até mesmo prejudicar a sustentação de órgãos. (SANTOS, 2019).

A estimativa é que 94% dos partos normais no Brasil realizam essa cirurgia, mas o número não é totalmente preciso, posto que o procedimento muitas vezes não é registrado oficialmente. Ocorre que a episiotomia foge do que se prega pela Medicina Baseada em Evidências (MBE), pois é um procedimento cirúrgico realizado sem o consentimento da paciente, ela não é informada sobre suas indicações, benefícios ou riscos, seus efeitos e alternativas para aquele momento.

A Organização Mundial da Saúde (OMS) em notícia veiculada pela revista Veja recomenda que a episiotomia seja evitada na maioria dos casos, informando que em não mais de 10% dos casos ocorra o “pique”. Evidencia que se trata de um agressivo e com alta possibilidade de complicações, sendo o trabalho de parto suficiente para afetar a musculatura.

Os traumas perineais ocorrem em diferentes graus em conformidade com a lesão sofrida. Os danos vão desde lesões superficiais ao rompimento de tecidos. Consequentemente, a episiotomia é uma violência contra a mulher, sob o aspecto físico, sexual e psicológico, executada em um momento de vulnerabilidade.

5.2 Fórceps

Trata-se de uma pinça arredondada, instrumento obstétrico desenvolvido para assegurar a cabeça do feto, na altura de suas orelhas, e auxiliar na hora do parto a sua passagem pelo canal vaginal.

Seu uso é indicado em casos de risco materno e em casos de exaustão, a fim de poupar a mulher de mais esforços, eclâmpsia ou cardiopatias, e, no caso do bebê, devido ao sofrimento fetal, quando há prolongamento do período expulsivo sem evolução.

A OMS desestimula a utilização de fórceps, orientando que sua utilização deve ser evitada sempre que possível. Por se tratar de instrumento que pode causar dano à mulher e ao bebê, o fórceps só deverá ser utilizado quando os benefícios superarem os riscos, que as dúvidas e esclarecimentos sejam prestados à mãe antes do parto, a fim de que obtenha todas as informações para, em caso de força maior, a utilização do instrumento venha a ser indicada.

5.3 Manobra de Kristeller

Refere-se a uma técnica obstétrica executada durante o parto, em que há a aplicação de pressão na parte superior do útero, objetivando facilitar a saída do bebê. Essa técnica foi desenvolvida em 1867 pelo ginecologista Samuel Kristeller.

Duas mãos empurram a barriga da paciente em direção à pelve, ou até mesmo com pessoas subindo na barriga da gestante e espremendo-a com peso de seu corpo, mãos, braços, cotovelos e joelhos.

É imperioso destacar que essa manobra pode ocasionar diversos danos à mulher, como lacerações graves no períneo, deslocamento da placenta, possibilidade de ruptura de órgãos. Os danos podem da mesma forma atingir o bebê, comprometendo a sua oxigenação.

Essa manobra já foi banida pelo Ministério da Saúde (MS) e pela OMS, por meio do Guia de Direitos da Gestante e do Bebê, publicado juntamente com o Fundo das Nações Unidas para a Infância (Unicef) por se tratar de um procedimento agressivo.

5.4 Distócia de ombro

Ademais, cumpre abordar a distocia, que se refere a qualquer problema tanto de origem materna quanto fetal que dificulte ou impeça o parto. Caracteriza-se através de uma manobra obstétrica adotada por médicos que pode implicar graves riscos de complicações maternas e neonatais, ocorre mediante a impactação óssea do feto. (MARQUES, 2011).

Na mãe pode ocasionar hemorragia pós-parto em consequência da rotura uterina. No bebê é comum, nos casos de distócia lesão plexo-braquial, interromper os sinais que vão do cérebro para os músculos, comprometendo o funcionamento dos músculos do braço, antebraço e mãos, bem como afetando a sensibilidade, além da possibilidade de fraturas do úmero e clavícula.

As causas da distócia podem ser diversas, uma delas é a cabeça do feto ficar presa na pelve, onde não ocorre a rotação espontânea e há o inchaço da face fetal, a ocorrência do sinal de tartaruga (visualização da retração da cabeça fetal contra o períneo materno durante as contrações).

A mãe sempre deve ser informada sobre a necessidade de manobras para a retirada do bebê.

6 JURISPRUDÊNCIAS

Os estudos jurisprudenciais foram realizados por meio da ferramenta de busca interna do *site* do TJDF, através de análise documental dos acórdãos produzidos pela tribuna relacionados à violência obstétrica, sendo, portanto, um estudo com abordagem qualitativa analítica.

Como palavra-chave foi utilizada “violência obstétrica” como parâmetro de busca na página de consultas de jurisprudências do TJDF. (TJDF, 2022). Por meio do marco temporal e da palavra-chave estabelecida, o site do respectivo tribunal trouxe como resultado 10 acórdãos em sua totalidade, dos quais abordaremos 5 julgados. Vejamos:

ACÇÃO INDENIZATÓRIA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INAPLICABILIDADE. ERROR IN JUDICANDO. CORREÇÃO DO JULGADO. PROMOÇÃO DO ADEQUADO ENQUADRAMENTO JURÍDICO. PARTO EM HOSPITAL PÚBLICO. ERRO MÉDICO. DANO MORAL. CARACTERIZAÇÃO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. REDUÇÃO DO VALOR FIXADO EM FAVOR DOS GENITORES DA INFANTE. CABIMENTO. DANO ESTÉTICO. RECONHECIMENTO SOMENTE EM FACE DA MENOR. DEFORMIDADE PERMANENTE. CONSTATAÇÃO. JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA A PARTIR DO EVENTO DANOSO. PENSÃO VITALÍCIA. SALÁRIO-MÍNIMO. POSSIBILIDADE. TERMO INICIAL. 14 ANOS DE IDADE. A lide versa sobre a ocorrência de erro médico durante a prestação de serviço público de saúde, em hospital da rede pública, no qual não há a pretensão de lucro, razão pela qual inexistem motivos para que sejam aplicadas, ao caso concreto, as normas protetivas advindas do Código de Defesa Consumidor. A Constituição Federal assinala, no artigo 37, § 6º, que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. O conjunto probatório constante dos autos

evidenciou o nexo causal entre a realização de manobra de rotação inadequada destinada à expulsão do feto e a lesão sofrida pela menor, consistente em debilidade permanente, grave e incurável no membro superior esquerdo (lesão de plexo braquial). A integridade psicológica da criança foi frontalmente atingida em razão de manobra equivocada executada durante o trabalho de parto, causando-lhe dor irreparável e sequelas permanentes que reduzem a sua qualidade de vida, motivo pelo qual lhe é devida compensação pecuniária por danos morais. O evento danoso descrito nos autos causou aos genitores da infante, de modo reflexo, sentimentos de dor, frustração e angústia, especialmente diante do vínculo afetivo que os une, o que caracteriza abalo de ordem moral. RECURSOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS. UNÂNIME. BRASIL. TJDFT. Apelação n.0037122-65.2016.8.07.0018. Relator: Des. Esdras Neves. Brasília: DJ; 10/07/2019. (BRASIL, 2019a).

O acórdão proferido pela 6ª Turma Cível do TJDFT estabelece que não há o reconhecimento da relação de consumo, dado que o parto foi realizado em um hospital da rede pública de saúde, portanto, não ocorrendo a prestação pecuniária ao profissional. É descaracterizada a relação de consumo médico-paciente.

Foi empregada pelo profissional a distócia de ombro do bebê, que se mostrou inadequada, ferindo a integridade da criança e de seus genitores de forma física e psicológica, causando debilidade permanente, grave e incurável em seu membro superior esquerdo. Reconhecido o nexo de causalidade da conduta do médico, foi assegurada a impetrante a compensação pecuniária por danos morais.

APELAÇÃO CÍVEL. SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DOCUMENTAÇÃO APRESENTADA PELO RÉU APÓS A CONTESTAÇÃO. VISTA AOS AUTORES. BEBÊ NASCIDO SEM VIDA. ALEGAÇÃO DE ERRO MÉDICO. NÃO COMPROVAÇÃO. AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A CONDUTA E O DANO. DESCASO NO ATENDIMENTO NO MOMENTO DA INTERNAÇÃO. FALTA DE INFORMAÇÕES NO PÓS-PARTO. DANO MORAL. OCORRÊNCIA. QUANTUM. Ouvida a contraparte e inexistente a intenção de ocultação de documento, admite-se a juntada posterior de documentos. Precedente do c. STJ. Não se comprovando o nexo de causalidade entre a conduta do agente público e o evento danoso, não há falar-se em responsabilidade civil decorrente do nascimento sem vida de bebê. O descaso no atendimento no momento da internação, sem o oferecimento da vestimenta hospitalar devida, bem assim, a falta de informações sobre o estado de saúde da mulher no pós-parto caracteriza dano moral. No que tange ao valor arbitrado para a referida indenização, a jurisprudência pátria tem consagrado a dupla função do quantum, compensatória e penalizante, devendo-se levar em consideração a gravidade do dano suportado pela vítima e a condição econômica de ambas as partes. DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DOS AUTORES. PREJUDICADO O RECURSO DO DISTRITO FEDERAL. UNÂNIME. BRASIL. TJDFT. Apelação n.07003071420188070000. Relator: Des. Carmelita Brasil. Brasília. DJ:21/02/2018. (BRASIL, 2018)

Nesse acórdão, conforme entendimento da 2ª Turma Cível, não houve o nexo de causalidade entre o dano sofrido e a conduta do profissional, afastando a responsabilidade civil do médico, nesse caso. Todavia, os julgadores reconheceram na lide o descaso no atendimento prestado à parturiente, no que concerne à falta de prestação de informações sobre seu estado de saúde, bem como o não fornecimento

de vestimenta hospitalar adequada para o procedimento. Desta forma, houve a caracterização de dano moral sofrido pela mulher.

RECURSOS DE APELAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ERRO MÉDICO. FALHA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. NÃO DEMONSTRAÇÃO. RECURSO DO DISTRITO FEDERAL PROVIDO. RECURSOS DOS AUTORES E DO MINISTÉRIO PÚBLICO PREJUDICADOS. 1. Nos termos do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal, o Estado responde civilmente pelos danos eventualmente causados a terceiros. 2. Haverá falha na prestação do serviço quando o Estado, devendo agir, errou por não prestar o serviço ou por prestá-lo de forma insatisfatória, conforme à técnica médica. 3. A ausência de prova contundente no sentido de ter ocorrido erro médico afasta a responsabilidade do Estado por eventuais danos causados aos particulares. 4. A existência de complicações ocorridas durante o trabalho de parto justifica a intervenção médica, a qual é necessária para reduzir o sofrimento fetal e da mãe e as possíveis consequências dele decorrentes. 5. Sendo justificável a ausência de acompanhante, além de ter sido devidamente realizado o acompanhamento da criança e o seu encaminhamento para o tratamento necessário, não vislumbro a ocorrência de falha no serviço médico prestado aos autores. 6. Apelação do Distrito Federal provida. Apelações do Ministério Público e dos autores prejudicados.

APELAÇÃO DO DISTRITO FEDERAL PROVIDA. APELAÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DOS AUTORES PREJUDICADAS. UNÂNIME. BRASIL. TJDFT. Apelação n. 00384303920168070018. Relator: Des. Eustáquio de Castro. Brasília. DJ:11/11/2020. (BRASIL, 2020).

A 8ª Turma Cível expressou o entendimento de que, devido à ausência de provas, não houve responsabilidade do Estado por eventuais danos causados. No mesmo sentido, foi dada a compreensão de que as complicações sofridas no trabalho de parto ocasionaram a intervenção médica, sendo as consequências decorrentes do procedimento adotado (distócia). Ademais, os julgadores mostraram interpretação como justificável a ausência de acompanhante à gestante no momento de dar à luz.

APELAÇÕES CÍVEIS. DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA. ERRO MÉDICO. DANO MORAL CONFIGURADO. MAJORAÇÃO DEVIDA. AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE DOS DANOS MATERIAIS. RECURSO DO DISTRITO FEDERAL CONHECIDO E DESPROVIDO. RECURSO DA PARTE AUTORA CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. A parturiente, a par da episiotomia intempestiva e indevida, fruto de erro médico com a insistência na realização de um inviável parto pela via baixa, conforme expressamente consta do laudo pericial, foi submetida posteriormente a parto cesariana com manobra de Zavanelli, intercorrências e internação da recém-nascida em UTIN por 28 dias. A responsabilidade civil do Estado desponta, diante da prova escorreita do dano e do nexo causal, guardando amparo jurídico o dever de indenizar, na hipótese, o dano moral, nos termos do que dispõem os arts. 37, § 6º, da Constituição Federal e 12 do Código Civil. 2. A Organização Mundial de Saúde (OMS) define violência como a imposição de um grau significativo de dor e sofrimento evitáveis. A identificação com a violência obstétrica e psicológica sofrida pela parturiente configura o dano moral que deve ser compensado como um lenitivo à vítima, bem assim à recém nascida, se presentes os elementos da responsabilidade civil. 3. É evidente,

portanto, que a insistência indevida com o parto inviável por via baixa, culminando com episiotomia intempestiva e indevida, bem assim a **imperícia e a imprudência** a que submetida a autora no sensível momento do parto, posteriormente efetivado por cesariana com **manobra de Zavanelli** e intercorrências, representou um quadro de traumático sofrimento, agravado em seguida pela angustiante permanência da recém - nascida, com saúde comprometida e risco de vida, em leito de UTIN por 28 dias, a amparar a pretensão de majoração da indenização fixada para o valor pretendido de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais). 4. De igual modo, a indenização à criança merece majoração para R\$40.000,00 (quarenta mil reais), a despeito de inexistir sequela ou incapacidade permanente atual, isso porque, conforme consta expressamente do laudo pericial, padeceu de sofrimento intenso e injustificado, diante do tocotraumatismo com anóxia intraparto e sofrimento fetal agudo, com várias intercorrências durante os 28 dias na UTNI, tais como Infecção presumida, sepse tardia, hemorragia digestiva alta, flebites em local de punção venosa. 5. A majoração, desse modo, atende ao critério bifásico, às circunstâncias específicas que envolvem a lide e aos anseios de razoabilidade que o Direito exige. 6. Quanto ao dano material, a inexistência de nexo de causalidade impede a indenização. Com efeito, conforme laudo as aderências intra-abdominais seriam resultantes do ato cirúrgico, intercorrência possível e que não pode ser imputada a erro médico. Assim, o laudo afastou o liame causal entre a conduta médica e o alegado dano experimentado pela parte com as despesas médicas contraídas para realização de intervenção cirúrgica posterior. Nessa diretriz, em relação aos lucros cessantes, não é outra a conclusão a ser adotada, se a alegada perda da Bolsa Atleta, ou da bolsa de estudos informada na petição inicial, decorreria das dores que a impediam de correr, como atleta de alto rendimento, em razão das aderências, que a seu turno não podem ser valoradas como fruto de erro médico. 7. Recurso do Distrito Federal conhecido e desprovido. Recurso das autoras conhecido e parcialmente provido. NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DO DF. DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DAS AUTORAS. UNÂNIME. BRASIL. TJDFT. Apelação n. 00229072120158070018. Relator: Des. Sandra Reves. Brasília. DJ:07/04/2021. (BRASIL, 2021a).

Nesse acórdão, deliberou a 2ª Turma Cível o pagamento do Distrito Federal (DF) de verba indenizatória diante dos danos morais sofridos, devido à realização de episiotomia, que teve como consequência o ovário e intestino colados ao útero.

O laudo médico concluiu que houve imprudência e imperícia por parte do corpo médico do hospital. Foram reconhecidos o nexo de causalidade e a responsabilidade objetiva do Estado diante dos danos causados; foi evidenciada a violência obstétrica que trouxe danos à esfera física e psíquica e ocasionou danos também à recém-nascida, que teve que permanecer hospitalizada devido ao comprometimento de sua saúde.

APELAÇÃO CÍVEL. CONSUMIDOR. SERVIÇO MÉDICO-HOSPITALAR. MÁ PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. DANO MORAL. NÃO CONFIGURADO. 1. A relação travada entre o paciente, médico e hospital, como no caso presente, enquadra-se como relação de consumo, sendo regida pelo Código de Defesa do Consumidor, conforme inteligência dos artigos 2º e 3º, da Lei 8.078/90, por se incluir o tratamento perseguido pela paciente como produto e serviço que o consumidor utiliza como destinatário final. Dessa forma, a incidência do Código de Defesa do Consumidor nos contratos de prestação de serviços, firmados pelo paciente junto a instituições

hospitalares, é medida necessária, a fim de assegurar o equilíbrio das partes. 2. Para estabelecer a responsabilidade civil do médico e do hospital, deve ficar evidenciado o ato ilícito e a relação de causalidade entre o ato e os danos sofridos, o que, no sistema do Código de Defesa do Consumidor, denomina-se defeito do serviço, segundo seu artigo 14, o que não ocorreu no caso dos autos. 3. A inexistência de prova quanto à falha na prestação dos serviços médicos impõe a improcedência dos pedidos de reparação de danos. 4. Recurso conhecido e desprovido, CONHECER E NEGAR PROVIMENTO, UNÂNIME. BRASIL. TJDFT. Apelação n. 07109271420208070001. Relator: Des. Maria de Lourdes Abreu. Brasília. DJ:19/05/2021. (BRASIL, 2021b).

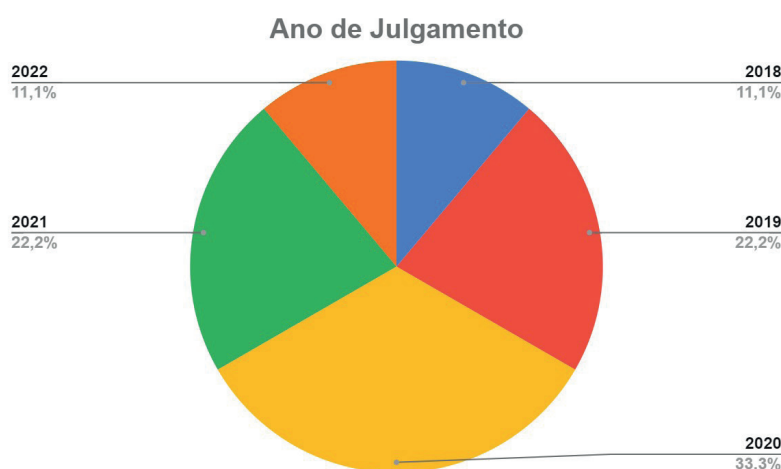
O órgão julgador, em sua Turma, reconhece a relação de consumo entre médico e paciente, sendo o paciente o destinatário final dos serviços prestados pelo profissional, cuja regência pelo CDC traz equilíbrio às partes.

Contudo, não houve o reconhecimento de violência obstétrica conforme pleiteado pela mãe. A genitora alega a falta de informação e orientação acerca da necessidade de aspirar o bebê, e que foi impedido ou retardado o seu contato com o neonato. Os eméritos julgadores não vislumbraram falha na prestação de serviços, tampouco a ocorrência de negligência, imprudência ou imperícia, afastando o nexo de causalidade a responsabilidade e o dever de indenizar.

Por conseguinte, a problematização das decisões apanhadas foi realizada conforme as discussões abordadas neste trabalho, evocando os aspectos abordados sobre a violência obstétrica.

O ano de 2020 teve maior incidência de julgamentos de lides tratando de violência obstétrica judicializada no TJDFT, com 33%, O ano de 2018 teve apenas 11,1% de julgamentos, enquanto os anos de 2019 e 2021 apresentam o mesmo índice de 22,2% de julgamentos. Ainda transcorridos menos de dois meses (data da redação deste estudo) do ano de 2022, já existem 11% das demandas julgadas, notando-se uma elevação no decorrer dos anos (Gráfico 1).

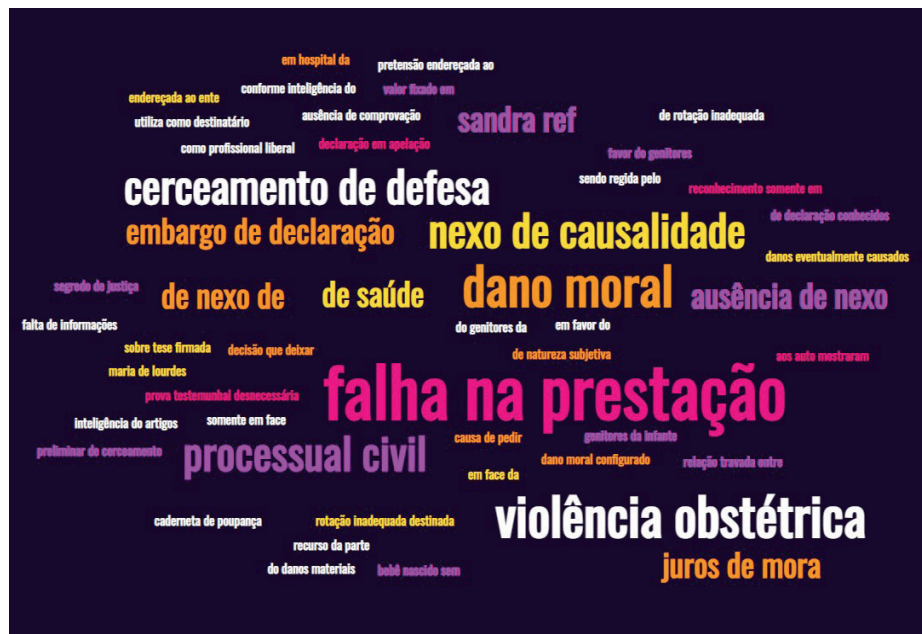
Gráfico 1 – Ano de julgamento



Fonte: Pesquisa Documentos Jurídicos. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

Após a análise dos julgados, foram verificados os termos com maiores incidências no que diz respeito aos julgamentos de casos relacionados à violência obstétrica (Figura 1).

Figura 1 – Nuvem de palavras com maior número de aparições nos acórdãos relacionado



Fonte: Elaborado pela autora.

7 PROJETOS DE LEI

Muitas mulheres se sentem desconfortáveis em denunciar a violência obstétrica que sofreram, seja devido à vergonha da sociedade ou até mesmo por receio à não credibilidade das informações veiculadas. A falta de legislação com as devidas proibições às práticas abusivas só corroboram para que muitas delas se calem diante de seus traumas.

Sob o viés da falta de segurança para essas hipervulneráveis, tramitam na Câmara dos Deputados (CD) projetos de lei que visam à mudança da realidade brasileira.

O Projeto de Lei (PL) nº 7633 de 2014 (BRASIL, 2014), de autoria do deputado Jean Wyllys do PSOL/RJ, dispõe sobre a humanização da assistência à mulher e ao neonato durante o ciclo gravídico-puerperal, surgindo através desta a iniciativa à caracterização da violência como forma de violência à mulher. O projeto traz em seu texto as diretrizes e os princípios inerentes aos direitos da mulher durante a gestação, pré-parto, parto e puerpério; os métodos para alcançar a erradicação da violência obstétrica; o controle dos índices de cesarianas e as boas práticas obstétricas.

Atualmente, o projeto PL-7633/2014 está apensado ao PL-4021/2019 (BRASIL, 2019b), que versa sobre a fixação de placas de conscientização às mulheres grávidas sobre o parto humanizado e altera a Lei nº 11.108 de 2005, (BRASIL, 2005), que garante às parturientes o direito a acompanhante durante o trabalho de parto, parto e pós-parto imediato no âmbito do SUS, e a Lei nº 9.263 de 1996, que versa sobre o planejamento familiar (BRASIL, 1996).

O PL-8219/2014 (BRASIL, 2014), cujo autor é Francisco Floriano do DEM/RJ, aborda a violência obstétrica praticada por médicos e/ou profissionais de saúde contra mulheres em trabalho

de parto ou logo após. O projeto conceitua a violência obstétrica nos seus diversos aspectos, tipificando-a e combinando penas de detenção por sua prática.

O PL-8219/2014 está apensado ao PL-7867/2017 (BRASIL, 2017), que descreve medidas de proteção contra violência obstétrica e divulgação de boas práticas para atenção à gravidez, parto, nascimento, abortamento e puerpério de autoria de Jô Soares, do PCdoB/MG.

No Distrito Federal existe a Lei nº 6.144/2018, regulando a implantação de medidas de informação a mulheres grávidas e paridas sobre a política nacional de atenção obstétrica e neonatal, visando, principalmente, à proteção delas no cuidado da atenção obstétrica no Distrito Federal. Tem como autor do projeto o Deputado Wasny de Roure. (DISTRITO FEDERAL, 2018).

A Lei nº 6.144/2018 está ligada à Lei nº 6.290/19 (DISTRITO FEDERAL), de autoria do Deputado José Gomes, na qual estabelece as diretrizes para a Política de Proteção aos Direitos da Mulher no Distrito Federal.

Ademais, o Ministério da Saúde, visando resguardar os direitos das mulheres à saúde e à dignidade da gestação e parto, instituiu a Portaria 569 de 2000, assegurando o acesso das gestantes e recém-nascidos a atendimento digno e de qualidade no decorrer da gestação, parto, puerpério e período neonatal. (BRASIL, 2000).

Através da Portaria 569, foi instituído o Programa de Humanização no Pré-Natal e Nascimento (PHPN), a fim de oferecer atenção específica à gestante, ao recém-nascido e à mãe no período pós-parto.

A Portaria nº 1.459/11, também de iniciativa do MS, estabelece a Rede Cegonha, no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS. A Rede Cegonha tem como objetivos fomentar a implementação de novo modelo de atenção à saúde da mulher e à saúde da criança com foco na atenção ao parto, ao nascimento, ao crescimento e ao desenvolvimento da criança de zero aos vinte e quatro meses; organizar a Rede de Atenção à Saúde Materna e Infantil para que esta garanta acesso, acolhimento e resolutividade, e reduzir a mortalidade materna e infantil com ênfase no componente neonatal. (BRASIL, 2011).

Como rede de apoio às mulheres, a Organização Não Governamental (ONG) Amigas do Parto, criada em 2001, tem o objetivo de prestar informações às mulheres, conscientizando-as sobre seus direitos relacionados ao próprio corpo, informações sobre tipos de partos e suas possíveis implicações, procedimentos médicos, pré-natal, trabalho de parto e parto. Trazem ainda estudos científicos, cartilhas e notícias sobre tais procedimentos.

8 CONCLUSÃO

Conforme estudo divulgado pelo Instituto de Medicina Social Hésio Cordeiro (IMS), de 22 de fevereiro de 2021, a violência obstétrica tem variado de 18,3% a 44,3% segundo estudos de base populacional realizados no país. (HENRIQUES, 2021).

Diante dos dados relevados por este estudo e considerando o atual cenário brasileiro, verificou-se que o parto causa grande preocupação e certas inseguranças à gestante. Muitas vezes por não possuírem as informações que aquela nova fase requer ou por já terem chegado ao seu conhecimento fatos vivenciados por colegas que podem ter lhes causado alguma espécie de temor.

Para tanto, é imprescindível que as futuras mães se municiem de informações precisas e de fontes seguras, de modo que estabeleçam uma relação de confiança com seu médico para terem conhecimento dos procedimentos a que serão submetidas.

No que concerne aos profissionais médicos, é imperioso que estes, diante de sua responsabilidade subjetiva, respeitem a autonomia da paciente, desviando-se de realizar procedimentos por ela não aprovados, principalmente aqueles que poderão ferir a sua integridade nos mais diversos aspectos.

Em âmbito nacional ainda não existe lei específica que tipifica a violência obstétrica, e na ausência dessas são utilizadas resoluções e portarias que visam regulamentar as práticas realizadas contra as mulheres. A falta de regulamentação e a tipificação das práticas como crime desencorajam mulheres a buscarem seus direitos violados por se sentirem desamparadas pela justiça.

Nas decisões proferidas nos acórdãos do TJDFT, conforme estudos de caso, foi possível verificar que, mesmo a mulher sofrendo violências obstétricas, não foi reconhecido o dano, pois foram justificadas como consequências possíveis em decorrência do procedimento adotado (distócia).

Diante disso, verificamos que o sistema legislativo juntamente com o sistema judiciário se mostram demasiadamente falhos na seara de proteger a mulher e de reconhecer os danos por ela sofridos durante sua gestação, pré-parto, parto e pós-parto, necessitando de punições e julgamentos mais severos contra essas práticas.

Por fim, cabe ao poder público aperfeiçoar as leis de proteção contra a violência de mulheres e seus canais de denúncias para que estejam aptas a receber e tratar a VO, erradicando-a e trazendo mais humanidade a esse período crucial da vida da mulher brasileira.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. **Resolução Normativa–RN Nº 368, de 6 de janeiro de 2015**. Dispõe sobre o direito de acesso à informação das beneficiárias aos percentuais de cirurgias cesáreas e de partos normais, por operadora, por estabelecimento de saúde e por médico e sobre a utilização do partograma do cartão da gestante e da carta de informação à gestante no âmbito da saúde suplementar. 2015.

BARROS JUNIOR, E. A. **Código de ética médica: comentado e interpretado**. Timburi, SP: Editora Cia do eBook, 2019.

BRASIL. **Constituição 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Decreto Presidencial nº 8.078, 1990.

BRASIL. **Lei nº 9.263 de 1996**. Planejamento Familiar. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19263.htm.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 569, de 1º de junho de 2000**. 2000.

BRASIL. Código Civil. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil, 2002.

BRASIL. **Lei nº 11.108 de 2005**. Garante às parturientes o direito a acompanhante durante o trabalho de parto, parto e pós-parto imediato no âmbito do SUS. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111108.htm.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. **Departamento de Ações Programáticas Estratégicas**. Portaria n. 1.459/GM, 24 de junho de 2011. Institui, no âmbito do Sistema Único de Saúde, a Rede Cegonha. Brasília (DF): 2011.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei no 7.633**. Dispõe sobre a humanização da assistência à mulher e ao neonato durante o ciclo gravídico-puerperal e dá outras providências. 2014. Portal da Câmara dos deputados. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=617546>.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei no 8.219 de 2014**. Dispõe sobre a violência obstétrica praticada por médicos e/ou profissionais de saúde contra mulheres em trabalho de parto ou logo após. 2017. Portal da Câmara dos deputados. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2147144>.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 7.867 de 2017**. Dispõe sobre medidas de proteção contra a violência obstétrica e de divulgação de boas práticas para a atenção à gravidez, parto, nascimento, abortamento e puerpério. 2017. Portal da Câmara dos deputados. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2141402>.

BRASIL. TJDF. **Apelação n.07003071420188070000**. Relator: Des. Carmelita Brasil. Brasília. DJ:21/02/2018.

MARQUES, Silvia Badim *et al.* Violência obstétrica no Brasil: um conceito em construção para a garantia do direito integral à saúde das mulheres. **Cadernos Ibero- Americanos de Direito Sanitário**, v. 9, n. 1, p. 97-119, 2020.

MEIRELLES, Ana Paula de Oliveira Castro *et al.* Da atuação da Defensoria Pública para promoção e defesa dos direitos da mulher. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 3, n. 3, p. 525-541, 2016.

PARTO DO PRINCÍPIO. Rede Parto. **Violência obstétrica “parirás com dor”**. 2012.

PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos *et al.* **Relação Médico-Paciente: o respeito à autonomia do paciente e a responsabilidade civil do médico pelo dever de informar**. 2010.

SANTOS, Maria Tereza. **“O que é a episiotomia e quando ela deve ser feita no parto?”**. Disponível em: <https://saude.abril.com.br/medicina/o-que-e-a-episiotomia-e-quando-ela-deve-ser-feita-no-parto/>

SZWARCWALD, Celia Landmann *et al.* Estimção da razão de mortalidade materna no Brasil, 2008-2011. **Cadernos de Saúde Pública**, v. 30, p. S71-S83, 2014.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. **Consultas de Jurisprudências**. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia>.

Excludentes do nexo de causalidade na responsabilidade civil médica

Leonice Krenchinski¹¹

RESUMO

O presente trabalho tem como tema a exclusão do nexo de causalidade por ato médico para isentá-lo da responsabilidade civil. O objetivo é ajudar o advogado nas demandas que tratam de questões ligadas à judicialização da Medicina na esfera cível, situações nas quais o paciente tenta obter resultado econômico após algum procedimento ou tratamento. No que se refere aos procedimentos metodológicos, utilizou-se método de abordagem dedutivo, e o procedimento para coleta de dados foi doutrinário e jurisprudencial. Durante o trabalho foram analisadas a responsabilidade civil e as principais causas de exclusão do nexo de causalidade para a blindagem médica. Como conclusão, teremos os esclarecimentos sobre o tema, demonstrando que nem toda complicação/erro médico, no conceito do paciente, de fato o é, e como isso pode ser útil na defesa do profissional da Medicina.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Nexos de Causalidade. Excludentes. Culpa. Defesa.

¹¹ Pós-Graduada em Direito Médico e Odontológico pela Universidade Corporativa Anadem - UCA. Graduada em Direito pela UniProjeção. Membro da Comissão de Direito Médico OAB/DF.

ABSTRACT

The present paper has as its theme the exclusion of the causal link by medical act to exempt him from civil responsibility. The goal is to help the lawyer in demands that deal with issues related to the judicialization of medicine in the civil sphere, situations in which the patient tries to obtain an economic result after some procedure or treatment. Regarding the methodological procedures, a deductive approach was used and the procedure for data collection was doctrinal and jurisprudential. During the work, civil liability and the main causes of exclusion of the causal link for medical shielding were analyzed. As a conclusion, we will have the clarifications on the subject, demonstrating that not every complication/medical error, in the patient's concept, is in deed, and how this can be useful in the defense of the medical professional.

Keywords: Civil Liability. Causality Nexus. Excluding. Fault. Defense.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso tem por objetivo apontar as causas que rompem o nexo de causalidade na responsabilidade civil médica.

O problema que se encontra hoje é que os julgadores e os pacientes não entendem o que se passa na Medicina. Eles, por conta do desconhecimento da matéria, julgam de forma errônea o profissional.

Assim, cumpre ao advogado “desenhar” aos julgadores e aos pacientes as causas de exclusão da responsabilidade nos casos em que os profissionais da Medicina agem sem elemento “culpa”.

Desta forma, o objetivo principal é fornecer material com o qual o advogado possa trabalhar para defender da melhor forma possível os profissionais da área médica nas situações em que estes agem com acerto.

2 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE

Este trabalho tem por finalidade esclarecer e aprofundar o estudo das causas de rompimento nexo de causalidade no âmbito da responsabilidade civil médica, e, compreendida essa lição, quais são seus desdobramentos práticos.

Antes, porém, de aprofundar o objeto, alguns conceitos preambulares precisam ser explicados e compreendidos. Dentre eles, será preciso explicar o próprio significado de responsabilidade civil e dos elementos que a compõem.

Explana-se, então, o que se entende por responsabilidade civil.

A responsabilidade civil é instituto do Direito Civil segundo o qual a pessoa causadora de dano, de ordem material ou moral, fica obrigada a repará-lo e compensá-lo. É instituto cuja existência está intimamente relacionada com a existência de dano, conforme Silvio de Salvo Venosa (p. 2017, 391-392), que esclarece:

O termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as consequências de um ato, fato ou negócio danos (...) **ontologicamente sempre estaremos no âmbito da reparação de danos.**

Assim, apesar de manter relação direta com o dano que possa ser reparado ou compensado, a responsabilidade civil ainda contém em sua estrutura, segundo a doutrina majoritária, três elementos: a conduta, o nexo de causalidade e o dano.

2.1 Elementos formadores da responsabilidade civil

Apesar de não haver consenso doutrinário sobre quantos e quais são os elementos que a compõem (TARTUCE, 2020), este trabalho utilizará a corrente doutrinária segundo a qual o instituto é composto pelas três supracitadas categorias: conduta, nexos de causalidade e dano.

Por todos os que entendem dessa maneira, a responsabilidade civil de composição tripla encontra amparo nas lições de Maria Helena Diniz. Ela a define como instituto composto pela:

a) existência de uma ação, comissiva ou omissiva, qualificada juridicamente, isto é, que se apresenta como ato ilícito ou lícito, pois ao lado da culpa como fundamento da responsabilidade civil há o risco; b) ocorrência de um dano moral ou patrimonial causado à vítima; c) nexos de causalidade entre o dano e a ação, o que constitui o fato gerador da responsabilidade (HELENA DINIZ apud TARTUCE, 2020, p. 723).

Desdobremos cada um desses elementos.

2.1.1 Conduta

A conduta pode ser traduzida como um comportamento humano voluntário que produz alteração no mundo concreto. A doutrina a classifica, para fins de responsabilização, em conduta dolosa ou culposa.

A conduta dolosa pode ser compreendida como a vontade livre e consciente de praticar o ato e atingir o resultado pretendido. Em outros termos, “[a conduta dolosa] constitui uma violação intencional do dever jurídico com o objetivo de prejudicar outrem” (TARTUCE, 2020, p. 726).

Por seu turno, a conduta culposa pode ser compreendida como a prática de um ato querido, mas que, por conta da imprudência, negligência ou imperícia do agente, acaba por gerar um resultado não querido. É possível dizer que a culpa se manifesta em comportamento desacompanhado de prudência, diligência ou perícia.

Sobre o tema, ensina Silvo de Salvo Venosa (2017, p. 410):

A culpa, sob os princípios consagrados da negligência, imprudência e imperícia, contém uma conduta voluntária, mas com resultado involuntário, a previsão ou a previsibilidade e a falta de cuidado devido, cautela ou atenção (...) Na negligência o agente não age com a atenção devida em determinada conduta; “há um desajuste psíquico traduzido no procedimento antijurídico, ou uma omissão de certa atividade que teria evitado o resultado danoso” (STOCO, 2004:136). Na imprudência o agente é intrépido, açoitado, precipitado e age sem prever consequências nefastas ou prejudiciais. Na culpa sempre existe o aspecto do defeito da previsibilidade, assim como na imperícia, não trazida ao bojo do art. 186, mas certamente também integrante do conceito de culpa. É imperito aquele que demonstra inabilidade para

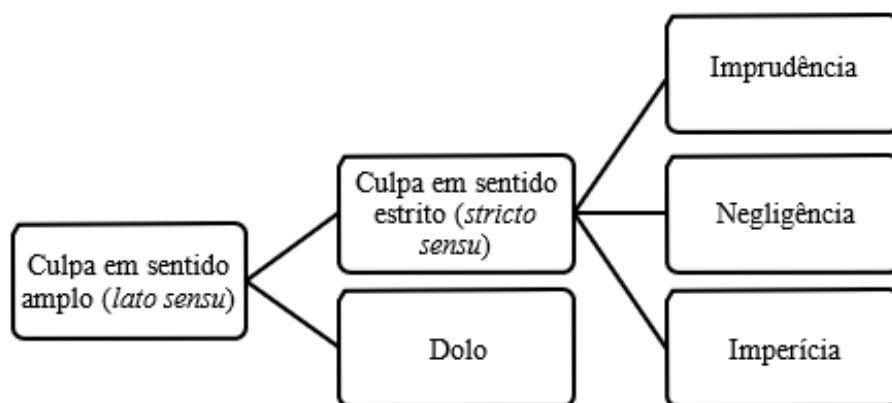
seu ofício, profissão ou atividade. É imperito o advogado que redige petição inepta e o médico que administra a droga errada e danosa ao paciente, por exemplo.

Das lições do professor é possível extrair que, em termos simples, a (a) imprudência consiste numa ação precipitada e incauta; a (b) negligência, numa omissão derivada da falta de atenção; e (c) a imperícia, na falta de conhecimentos técnicos ou práticos para a realização de determinada atividade profissional.

É importante anotar que em muitas passagens legais, doutrinárias e jurisprudenciais, o conceito de “culpa” ostenta um significado ligeiramente distinto do que sua etimologia sugere. *A priori*, a palavra culpa traz a ideia de que está a se falar de conduta culposa – aquela em que há falta de prudência, diligência ou perícia –, no entanto essa impressão é falsa.

Em verdade, o conceito culpa pode ser empregado tanto em sentido estrito quanto em sentido amplo. Em sentido estrito (*stricto sensu*, ou seja, em sentido cujo campo semântico é *estritamente* reduzido), culpa significa um comportamento imprudente, negligente ou imperito. Em sentido amplo (*lato sensu*), culpa abrange o conceito de culpa em sentido estrito, bem como o conceito de dolo (vontade livre e consciente de praticar determinado resultado danoso). A confusão conceitual é explicada por Farias, Rosenvald e Braga Netto (2010, p. 95):

Em nossa ordenação vigente, dolo e culpa *stricto sensu* (negligência, imprudência e imperícia) confundem-se civilmente na figura da culpa *lato sensu*, pois, para fins de ressarcimento na obrigação de indenizar, pouco importante o grau da culpa, e sim a extensão do dano (art. 944 do CC).



Em termos simples, a expressão “culpa” pode ter um significado amplo ou restrito, e a distinção entre um e outro pode ser representada da seguinte maneira:

Em regra, então, é o contexto em que a passagem legal, doutrinária ou jurisprudencial estiver inserida que determinará seu significado.

2.1.2 *Nexo de causalidade*

Nexo de causalidade consiste no “liame que une a conduta do agente ao dano” (VENOSA, 2017, p. 422) suportado pela vítima. Três são as teorias que tentam aclarar o que seria esse liame e identificar qual foi a verdadeira causa do dano.

Elas são (a) a teoria da equivalência das condições ou histórico dos antecedentes; (b) a teoria da causalidade adequada; (c) teoria do dano direto e imediato ou teoria da interrupção do nexo causal (TARTUCE, 2020).

De acordo com a teoria da equivalência dos antecedentes causais, a causa do dano será tudo aquilo sem o que o resultado não teria ocorrido como e quando ocorreu. Tal como proposta, a teoria apresenta um inconveniente bastante óbvio: o número de agentes que poderiam ser considerados causadores do dano será infinito. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2017, p. 159) explanam o porquê:

Nessa linha, se o agente saca a arma e dispara o projétil, matando o seu desafeto, seria considerado causa, não apenas o disparo, mas também a compra da arma, a sua fabricação, a aquisição do ferro e da pólvora pela indústria etc., o que envolveria, absurdamente, um número ilimitado de agentes na situação.

Por seu turno, a teoria da causalidade adequada apregoa que será causa do dano aquilo que contribuiu, abstratamente, de forma eficaz para a produção do resultado. A causa será apenas o “antecedente necessário que ocasionou o dano” (VENOSA, p. 423, 2017).

Para a teoria do dano direto e imediato, a causa “seria apenas o antecedente fático que, ligado por um vínculo de necessariedade ao resultado danoso, determinasse este último como uma consequência sua, direta e imediata” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 163).

As duas últimas teorias não estão livres de críticas. Ambas apresentam inconvenientes (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017).

Não interessa a este trabalho esmiuçar cada uma delas. Basta expor que são aplicadas de forma casuística nos casos que chegam ao judiciário e servem para identificar qual foi a conduta causadora do dano.

Independentemente da teoria aplicada, o Direito Brasileiro admite as chamadas causas de rompimento do nexo de causalidade. A expressão designa situações em que, mesmo que haja uma conduta e um dano relacionados, o vínculo que liga a conduta ao dano é rompido. Essas causas de rompimento de nexo de causalidade, que serão tratadas com profundidade na sequência, são o fato da técnica, a álea, a culpa exclusiva da vítima e o fato de terceiro.

Por ora, basta reiterar que o nexo de causalidade é aquilo que se usa para identificar a causa do dano, ou seja, é o elemento que liga uma causa a uma consequência – liga à conduta danosa e ao dano em si.

2.1.3 Dano ou prejuízo

Dano ou prejuízo pode ser entendido como “a lesão a um interesse jurídico tutelado (...) causado por ação ou omissão do sujeito infrator” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, p. 94, 2017) e pode ser subdividido em (a) dano material; (b) dano moral; (c) dano estético; (d) dano moral coletivo; (e) dano social; (f) dano decorrente da perda de uma chance (TARTUCE, 2020).

Nesse sentido, ao se iniciar o trabalho, também se afirmou que a responsabilidade civil guarda íntima relação com a existência de dano. A proposição é verdadeira, e o porquê é evidente. Por meio da responsabilidade civil, a vítima tem a possibilidade de ser ressarcida pelos danos experimentados, se eles ostentarem natureza patrimonial, ou compensada, se os danos forem de ordem extrapatrimonial. A relação entre o dano e a responsabilidade é ensinada por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2017, p. 96):

Sendo a reparação do dano, como produto da teoria da responsabilidade civil, uma sanção imposta ao responsável pelo prejuízo em favor do lesado, temos que, em regra, todos os danos devem ser ressarcíveis, eis que, mesmo impossibilitada a determinação judicial de retorno ao *status quo* ante, sempre se poderá fixar uma importância em pecúnia, a título de compensação.

Desta forma, a um só tempo a responsabilização civil visa a (a) reestabelecer a situação da vítima (tanto quanto possível) ao estado em que se encontrava antes do dano e (b) condenar o causador do dano a suportar ônus financeiro necessário para esse reestabelecimento.

2.2 Conclusão

Em suma, é possível concluir que a responsabilidade civil é instituto integrado por três elementos e que só se verificará presente se todos estiverem presentes. Embora esses elementos não constituam o objeto deste trabalho, eles precisam ser compreendidos de forma sumária para que se possa iniciar o estudo das causas de rompimento do nexo causal com profundidade.

3 CAUSAS QUE EXCLUEM O NEXO DE CAUSALIDADE NO ÂMBITO DA MEDICINA

Neste capítulo, serão estudadas as causas de rompimento do nexo de causalidade no âmbito da responsabilidade civil, com enfoque voltado para a área médica. Definida e trabalhada a conceituação de cada uma das causas, será explanada sua respectiva aplicabilidade em situações práticas, em litígios que chegaram ao conhecimento do poder judiciário e vieram a ser resolvidos.

Nesse sentido, a doutrina aponta como causas que rompem o nexo de causalidade entre a conduta do profissional da saúde e o dano (a) o fato da técnica; (b) a álea; (c) a culpa exclusiva da vítima; (d) fato de terceiro.

3.1 Fato da técnica

É denominada fato da técnica a situação em que, apesar de o médico fazer uso da técnica correta e perfeita no tratamento, não se obtém o resultado desejado.

Toda cirurgia, exames de diagnóstico etc., expõem o paciente a riscos, e, por vezes, mesmo a melhor das técnicas aplicadas traz resultados indesejados. Assim, não pode o médico ser responsabilizado por usar a técnica correta, tal como apregoam seus manuais e a literatura científica de seu tempo para atender o paciente.

Sobre o tema, Miguel Kfoury Neto (2020, n.p) explana:

Se a técnica utilizada pelo médico foi semelhante à preconizada nos compêndios, não houve transgressão de normas técnicas; se for diferente, e o mau resultado decorreu dessa técnica, houve transgressão

(...)

‘A crônica médica registra casos em que o cirurgião, embora aplicando corretamente as técnicas que sempre utilizou com absoluto sucesso em outros pacientes, não obtém o resultado esperado, em razão de características peculiares do próprio paciente, não detectáveis antes da operação. A reação do organismo à agressão cirúrgica é, muitas vezes, imprevisível, hipótese que pode afastar a responsabilidade do médico, mesmo tratando-se de obrigação de resultado’ (op. cit., p. 256.)

A respeito do instituto em questão, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em apelação de relatoria do MM. Desembargador Galeno Lacerda (*apud* KFOURI NETO, 2020), examinou caso interessante. Na situação, um paciente se submeteu, com um mesmo cirurgião, a duas cirurgias de rinoplastia. Insatisfeito com o resultado, o paciente realizou uma terceira cirurgia com outro profissional e obteve o resultado querido.

Esse paciente, então, ajuizou demanda indenizatória contra o primeiro profissional que lhe operou. Em primeira instância os pedidos foram julgados improcedentes. Em segunda instância, o Tribunal Gaúcho confirmou a decisão de primeiro grau e reconheceu que o profissional havia aplicado a técnica adequada para a situação, por isso não haveria responsabilidade civil a lhe ser imputada.

Deste modo, a aplicação adequada da técnica e dos procedimentos recomendados pela comunidade científica especializada é questão que isenta o profissional da saúde da responsabilização civil perante seus pacientes.

3.2 Álea

A expressão “alea” deriva de “aleatoriedade”, por isso pode ser traduzida como a suscetibilidade do organismo humano a fatores externos e incertos que podem afetar o sucesso do tratamento ao qual o indivíduo tenha sido submetido.

A complexidade do organismo humano e a inevitável influência de fatores externos fazem da álea terapêutica, ou seja, da incerteza um atributo indissociável da prática médica. Os avanços tecnológicos na área da saúde não eliminam o fator imprevisibilidade no tratamento médico; pelo contrário, algumas vezes os processos da medicina podem tornar ainda mais aleatórios o diagnóstico e a terapia. Por isso não se justifica atribuir ao profissional todos esses riscos e áleas (GODINHO et al., 2021, p. 311).

Não pode o profissional da saúde assumir risco de ter de indenizar todos os danos suportados pelo paciente que decorram de fatores incertos e eventuais.

Não se olvida que o conceito de álea se aproxima do conceito de “fato da técnica” ou “caso fortuito” e “força maior”, mas eles não se confundem. Na prática, podem ser utilizados como sinônimos, mas há distinções sutis que os separam.

Enquanto o fato da técnica designa situações de insuficiência científica para tratar da situação (não há dano resultante da culpa do médico, mas da técnica empregada, mesmo que seja a melhor), a “álea” é expressão mais ampla e pode ser utilizada para qualquer aleatoriedade a que o corpo do indivíduo esteja sujeito em procedimento médico (cirúrgico ou não). Da mesma forma, a aleatoriedade aqui tratada como álea também não se confunde com caso fortuito ou força maior. A álea é questão intrinsecamente relacionada a como o organismo do paciente reage a fatores internos ou externos, caso fortuito e força maior são situações envolvendo fatores externos ao organismo do agente.

No âmbito da jurisprudência, a álea médica foi fundamento adotado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo para afastar a responsabilidade de médico que havia empregado a técnica adequada. Na hipótese, o paciente havia sido submetido a tratamento cirúrgico e desenvolveu perfuração intestinal tardia, então o paciente moveu ação indenizatória contra o médico que lhe havia operado. No processo judicial, por meio do laudo pericial produzido, foi possível concluir que o médico havia sido diligente no procedimento. A causa das perfurações intestinais fora alheia ao procedimento médico, mas dele decorrente conforme se vê da ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. ERRO MÉDICO. Pretensão do autor de ver o réu condenado à reparação dos danos morais suportados, em consequência de sequelas sofridas, por atendimento médico imperito e negligente, que culminou, após a realização de uma cirurgia, com complicação tardia de perfuração intestinal. Ação julgada improcedente na origem. Manutenção. Laudo pericial que foi incisivo ao apontar assistência médica adequada à situação do paciente. Hipótese na qual é inesperada a perfuração intestinal após tratamento endoscópico de exérese de tumor, independentemente da atuação médica eficaz, e encontra-se dentro da álea médica, sendo inerente ao ato terapêutico. Inexistência de nexo de causalidade entre os supostos danos e a conduta médica. Even-

tos imprevisíveis e não diagnosticáveis previamente, mas que decorrem e são intrínsecos ao procedimento ao qual o autor foi submetido. Sentença de improcedência mantida. Recurso não provido. (TJSP; Apelação Cível 0017942-32.2013.8.26.0053; Relator (a): Djalma Lofrano Filho; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 6ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 02/03/2016; Data de Registro: 03/03/2016)

Do que consta do aresto, é possível verificar que a expressão álea foi empregada como sinônimo de reações do organismo do paciente ao tratamento que lhe foi ministrado. Em todo caso, não obstante tenha havido dano na situação, a aplicação adequada da técnica médica e resposta do organismo humano funcionaram como causa de rompimento do nexo de causalidade e isentou o profissional da saúde da responsabilização civil.

3.3 Culpa exclusiva da vítima

A culpa exclusiva da vítima se vê presente quando o evento danoso é causado por comportamento da própria vítima, e como a vítima é a causadora do dano, não há outra pessoa a quem imputar a responsabilidade pelo prejuízo.

Gagliano e Pamplona Filho (2017, p. 193) definem e exemplificam a situação:

A exclusiva atuação culposa da vítima tem também o condão de quebrar o nexo de causalidade, eximindo o agente da responsabilidade civil.

Imagine a hipótese do sujeito que, guiando o seu veículo segundo as regras de trânsito, depara-se com alguém que, visando suicidar-se, arremessa-se sob as suas rodas. Nesse caso, o evento fatídico, obviamente, não poderá ser atribuído ao motorista (agente), mas sim, e tão somente, ao suicida (vítima).

Na jurisprudência, o instituto também foi utilizado como fundamento para afastar a responsabilização do profissional da saúde. Na situação em questão, uma costureira sofreu uma lesão nos dedos de sua mão direita, mas ainda assim pôde voltar a trabalhar. Não obstante tenha voltado a trabalhar, com o objetivo de alinhar um dos dedos quebrados, procurou o médico, que lhe prescreveu tratamento cirúrgico. A autora narrou que realizou a cirurgia, mas os resultados foram insatisfatórios. Ela disse que, por imprudência dos médicos, o que era um problema leve se tornou em lesão muito mais grave, por isso ajuizou a demanda pedindo indenização.

A perícia realizada no processo permitiu ao Tribunal de Justiça Gaúcho concluir que o nexo de causalidade esteve rompido pelo comportamento da própria vítima em decorrência de dois fatores. O primeiro seria que ela demorou aproximadamente oito meses para buscar tratamento médico, e o segundo seria que ela não teria realizado o pós-operatório que lhe foi prescrito pelos médicos.

Nas palavras da MM. Relatora do julgado, Iris Helena Medeiros Nogueira (Apelação Cível, Nº 70039613286, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira, Julgado em: 24-11-2010):

E a culpa exclusiva da vítima se compõe fundamentalmente em razão de dois fatos bem delineados na perícia: (1º) a apelante demorou demasiadamente procurar tratamento (cerca de 8 meses); e (2º) a apelante não realizou o acompanhamento pós-operatório que lhe foi indicado.

Sobre o 1º aspecto, o perito mencionou que o fato de a apelante ter demorado a procurar tratamento desencadeou uma modificação no prognóstico de recuperação da lesão (fls. 196 e 305). Foi expressamente reconhecido que a demora de 08 (oito) meses para tratar a lesão do? dedo em martelo? significou um prejuízo ao resultado da intervenção cirúrgica (fl. 197 e 305).

Quanto ao 2º aspecto, conforme se infere da declaração prestada pela própria apelante ao perito, à fl. 303, após a cirurgia? nenhum tratamento médico foi realizado em sua mão?

A reforçar esse entendimento, assinalo que à fl. 305, instado pelo quesito n. 17 (fl. 197), o perito atestou que a apelante não realizou o acompanhamento pós-operatório estabelecido pelo médico-assistente.

Deste modo, sendo o dano causado pelo comportamento da própria vítima, não há como imputar a responsabilidade civil ao profissional da saúde que, porventura, tenha tratado do paciente vitimado.

3.4 Culpa exclusiva de terceiro

Culpa exclusiva de terceiro ou fato de terceiro é definido por Cristiano Chaves de Faria, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Netto (2017, p. 431) como

(...) uma interrupção do nexa causal, na medida em que não é a conduta do agente a causa necessária à produção dos danos. Consistindo o comportamento do terceiro na causa exclusiva do resultado lesivo, exclui-se a relação de causalidade, com a exoneração do aparente responsável.

Exemplificando, imaginemos que o motorista de um caminhão perca o controle veículo e colida com um veículo que estava imediatamente a sua frente. Em razão do forte impacto, o automóvel alcança o passeio público e atinge fatalmente um pedestre. Caso a família da vítima ingresse com uma demanda de responsabilidade civil em face do motorista do veículo, caberá a ele alegar o fato de terceiro com o excludente do liame causal, evidenciando que o evento foi completamente forjado pelo comportamento do caminhoneiro.

A excludente do rompimento do nexa de causalidade também se vê presente no âmbito médico. Em caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, os herdeiros de paciente falecido, após procedimento médico, ajuizaram ação contra os médicos que conduziram a operação e contra o hospital onde ocorreu a morte.

No curso do processo, entretanto, ficou demonstrado que a causa do resultado morte fora o comportamento de terceiro. Do que consta da autuação, para que a anestesia ministrada fosse possível, o paciente deveria estar em jejum, e os prontuários médicos não continham registro da alimen-

tação que lhe tenha sido dada no dia do procedimento. A instrução, contudo, revelou que a mãe do paciente lhe havia dado de comer e não teria informado esse fato aos médicos, mesmo quando interrogada pelos profissionais a esse respeito.

Não houve, portanto, nexo de causalidade entre a conduta dos médicos e o resultado morte que adveio ao paciente, conforme consta do voto condutor do julgado, proferido pelo Ilustre Alexandre Barbosa Fabiani (TJPR - 8ª C.Cível - 0000555-62.2001.8.16.0001 - Curitiba - Rel.: JUIZ DE DIREITO SUBSTITUTO EM SEGUNDO GRAU ALEXANDRE BARBOSA FABIANI - J. 02.05.2019):

Ademais, antes de realizar o procedimento, o anestesista realizou anamnese a fim de verificar os riscos inerentes à condição pessoal do paciente, oportunidade na qual entrevistou a mãe do autor que afirmou que ele estava em jejum desde o dia anterior.

(...)

Ou seja, nenhum médico anestesista teria realizado o procedimento se soubesse que o paciente ingeriu alimento pouco antes da anestesia; como se extrai da perícia, isso é algo básico.

Desse modo, diante do conjunto probatório, é possível afirmar que o Hospital cumpriu a determinação de que o autor deveria ficar em jejum antes de realizar a indução anestésica (porque não forneceu alimento para o autor antes do procedimento anestésico) e que não houve negligência, imprudência ou imperícia por parte do anestesista, que tomou as devidas cautelas, principalmente porque consultou a mãe do autor, a qual “jurou” que ele estava de jejum.

Além disso, o conjunto probatório demonstra que foi a mãe do autor que ministrou os alimentos regurgitados no momento da anestesia e que também omitiu tal fato a anestesista, que não tinha outro jeito de saber se o paciente havia ou não ingerido alimento, senão por meio dos prontuários e pela palavra da mãe do autor que estava o tempo todo acompanhando-o.

Assim, embora a responsabilidade do Hospital seja objetiva, não ficou provado a conduta ilícita e o nexo de causalidade para o evento danoso.

Embora trágica a situação, a responsabilidade pelos danos suportados pelos autores, que perderam o familiar na operação médica, não pode ser atribuída aos médicos e ao hospital.

4 CONCLUSÃO

Este trabalho de conclusão de curso teve como escopo estudar a exclusão do nexo de causalidade da responsabilidade civil no âmbito médico, tendo em vista alta quantidade de demandas judiciais fundamentadas em “supostos erros” ou “falhas médicas”.

Incumbe ao advogado auxiliar o Poder Judiciário e lhe fornecer o conhecimento técnico-científico para julgar essas demandas, e uma das formas por meio das quais essa tarefa pode ser exercida é mediante comprovação do rompimento do nexo de causalidade entre a conduta do profissional da saúde e o resultado que atinge o paciente, o que, por consequência, afasta o dever de indenizar.

Inicialmente, o tema da responsabilidade civil foi explicado com amparo doutrinário, o que permitiu uma boa compreensão de seus elementos. Então, foi possível estudar o nexo de causalidade com mais clareza e profundidade.

No capítulo principal, foram apontadas as causas de rompimento de nexo de causalidade nas modalidades de Fato da Técnica, Álea, Culpa Exclusiva da Vítima e Culpa Exclusiva de Terceiro e a consequente aplicabilidade prática, em julgados, de cada uma delas.

Em suma: (a) fato da técnica ocorre nos casos em que mesmo o uso da melhor técnica existente (e dotada de comprovação científica) pode gerar resultado diverso do pretendido. Isso pode ocorrer em exames, cirurgias plásticas etc. Nesse sentido, foi possível observar que o Tribunal de Justiça Gaúcho afastou a responsabilidade médica de profissional da saúde que realizou cirurgia de rinoplastia. Na hipótese, o paciente, insatisfeito com as duas primeiras cirurgias, procurou profissional diverso para a realização de uma terceira operação, cujo resultado, enfim, lhe agradou. Então, o paciente ajuizou demanda contra o primeiro profissional pedindo indenização. A demanda foi julgada improcedente, porque se reconheceu que o médico havia, de fato, feito uso da melhor técnica disponibilizada pela ciência; (b) a álea deriva da reação do organismo ao tratamento. É impossível apurar qual será a reação de cada corpo ao processo terapêutico. Se, por um lado, o uso de um certo medicamento pode curar um paciente, por outro pode trazer efeitos colaterais ou resultados indesejados em pessoa diversa; (c) a culpa exclusiva da vítima ocorre quando o resultado danoso é fruto de conduta da própria vítima. Ilustrando, como apontado no capítulo próprio, é o caso do paciente que não observa o pós-operatório que lhe é prescrito ou demora em demasia para buscar auxílio médico; (d) a culpa exclusiva de terceiro exclui o nexo causalidade porque pessoa distinta da do paciente ou do profissional é a que causa o evento danoso. É a situação do familiar que ministra medicação ou alimenta o enfermo e não informa aos médicos que o atendem.

Assim, foi possível concluir que nem toda conduta médica que produz resultado danoso nos pacientes traz consigo o dever de indenizar. Há situações, afinal, em que não é a conduta do profissional a causadora do dano, por isso não lhe é imputada responsabilidade.

REFERÊNCIAS

- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Obrigações**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 4. ed. Salvador: Editora: JusPodivm, 2017.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**. Volume Único. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- GODINHO, Adriano Marteleto et al. **Responsabilidade Civil e Medicina**. 2. ed. São Paulo: Foco: 2021. Versão do Kindle.
- KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. E-book.
- PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação n. 0000555-62.2001.8.16.0001. Apelante: Elizabete F. Jesus E Lourival D. Jesus. Apelado: Ana Maria Guimaraes e Hospital e Maternidade Pequeno Príncipe. Relator: Alexandre Barbosa Fabiani. Curitiba-PR, 02-05-2019.
- RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 70039613286. Relator: Desembargadora Iris Helena Medeiros Nogueira. Porto Alegre, 24/11/2010.
- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 0017942- 32.2013.8.26.0053. Apelante: José R. G. de Souza. Apelado: Hospital Das Clínicas Da Faculdade De Medicina Da Universidade De São Paulo. Relator: Desembargador Djalma Lofrano Filho. São Paulo-SP, 2 de março de 2016.
- TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. Volume Único. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Obrigações e Responsabilidade Civil**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

O direito à morte digna

Marconi Delmiro Neves da Silva¹

RESUMO

O tema abordado neste artigo é o direito à morte digna, em que são investigados quais são os fatores que definem se uma pessoa está ou não no final da vida. Cogitou-se a seguinte hipótese: o paciente em estado terminal não tem o direito de deliberar sobre os termos de sua morte? O objetivo geral é explorar tais situações diante dos preceitos constitucionais. Este trabalho é importante para um operador do Direito, pois aponta as inovações advindas do desenvolvimento da biotecnologia; para a ciência, é relevante por demonstrar que a autonomia deve ser concedida a uma pessoa no momento exposto; agrega à sociedade pelo fato de demonstrar que o direito à morte também deve ser protegido. Trata-se de uma pesquisa qualitativa teórica com duração de quatro meses.

Palavras-chave: Morte digna. Eutanásia. Morte assistida. Direito à morte digna. Direito à vida digna.

¹ Graduado em Direito pela Faculdade Processus. Cirurgião Plástico, Cirurgião Geral – Número do Registro: CRM 5327 PB – RQE 589 CRM 7418 DF – RQE 2247 – RQE 2248.

ABSTRACT

The theme addressed in this article is the right to a dignified death. Where it was investigated what are the factors that define whether a person is at the end of life or not. The following hypothesis was considered, does the terminally ill patient not have the right to deliberate on the terms of his death? The general objective is to explore such situations in the face of constitutional precepts. This work is important for a legal operator, as it points out the innovations arising from the development of biotechnology; for science, it is relevant because it demonstrates that autonomy must be granted to a person at the given moment; it adds to society by demonstrating that the right to death must also be protected. This is qualitative theoretical research lasting four months.

Keywords: Dignified death. Euthanasia. Assisted death. Right to dignified death. Right to dignified life.

1 INTRODUÇÃO

A proteção da vida humana tem sido motivo de preocupação durante toda a história. Algumas religiões antigas tutelavam que a vida do ser humano, por ser criação divina, era sagrada e, por isso, deveria ser protegida. Atualmente, a morte digna é uma realidade concebível por intermédio dos avanços biotecnocientíficos que propiciam cuidados paliativos e qualitativos aos pacientes que não pretendem se sujeitar a tratamentos médicos.

Geralmente se compreende a vida como fato positivo, em oposição à morte, que é vista como fato negativo, por dar a ideia de finitude, em que o ser passa a ser um não ser com o fim da vida. O assunto ganha novos sentidos quando a vida não é mais apreciada de forma positiva, em que viver tornou-se tão doloroso que a pessoa começa a ver a vida como algo indigno. Essa transformação na concepção da vida e da morte torna-se mais crítica quando relacionada a doenças degenerativas ou a doenças que limitam muito a idealização de uma vida digna que um indivíduo poderia ter (RECK-ZIEGEL; STEINMETZ, 2016, p. 92).

O problema central desta pesquisa é: “Quais são os fatores que definem se uma pessoa está ou não no final da vida?”. Para tentar responder a esta pergunta, é importante compreender o que é paciente terminal, que é o enfermo acometido por doença incurável ou que se aproxima da morte.

O contexto desse problema é complicado, pois não envolve habilidade para viver bem nem impedimentos da vida; pelo contrário, inúmeras pessoas levam uma vida dentro da normalidade ou perfeitamente normal, pessoal, social e familiar, mas a dificuldade aqui é de outra projeção e envolve outros valores vigentes na ordem constitucional (MORAES; RIBEIRO, 2016, p.337).

Indaga-se como hipótese a possibilidade de o paciente, acometido de incapacidade irreversível ou em estado terminal, ter ou não o direito de deliberar sobre os termos de sua morte, bem como ser livre para decidir sobre os assuntos da sua vida.

O que põe em destaque a questão da autonomia é a vontade, compreendida como o motor que estimula a concretização de uma necessidade que é autônoma por estabelecer-se em razão da própria essência. Em respeito à autonomia privada, é essencial admitir a livre manifestação da vontade do indivíduo, quer seja no destino que dará à sua vida ou corpo, quer seja no gerenciamento dos seus bens materiais, objetivando restringir as intervenções médicas não curativas em certas situações de inconsciência irreversível, situação na qual a pessoa é incapaz de expressar sua vontade, ou situações terminais. Por isso, é preciso estabelecer qual o limite do exercício dessa autonomia, já que certos procedimentos e tratamentos não poderiam ser interrompidos ou afastados. O Estado, ao proteger o direito à vida, deve compreender que uma vida não deve ser mantida à força se fugir dos parâmetros mínimos de qualidade e se não conseguir mais ser digna. O Estado deveria, então, ter o dever de garantir ao doente em estado terminal o direito de morrer com dignidade, sem a responsabilidade das pessoas envolvidas (CARVALHO; SOUZA, 2018, p.171).

Esta pesquisa teve como objetivo geral explorar as situações terminais que atingem pacientes capazes de expressar sua vontade no tocante aos rumos que pretendem dar ao seu tratamento, diante dos preceitos constitucionais.

A presente pesquisa procura examinar, a partir da discussão sobre o direito subjetivo de morte, e demonstrar a questão da autonomia do indivíduo, em particular quando opta por realizar sua passagem de ser para o não ser. A questão é a de que, no conteúdo da garantia constitucional da própria vida, compreende-se o viver a própria morte e a delimitação final da condição existencial. As discordâncias são contrárias às outras ordens normativas, como moral, costume, religião, mas não à ordem constitucional, numa visão semiótico-bioética (MORAES; RIBEIRO, 2016, p.324).

Metodologicamente, a presente pesquisa busca atingir os seguintes objetivos específicos: expor sobre o direito de morrer de maneira digna de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro; contextualizar, nos planos filosófico, histórico e da Medicina, o progresso dos cuidados paliativos em pacientes em estágio terminal, que buscam uma morte digna; definir conceitos sobre as práticas permitidas ou vedadas pelo ordenamento jurídico no tocante à morte digna; estudar o direito que um paciente teria para reduzir a sua vida, assim que ele percebesse que manter-se vivo seria mais inapropriado e indigno do que morrer e qual o limite de intervenção do Estado nessa decisão; apresentar algumas responsabilidades médicas previstas no ordenamento jurídico. Nesse cenário, ganha relevância o respeito à dignidade humana, à autonomia do paciente e à qualidade de vida.

Não se busca esgotar um assunto tão complexo quanto esse, mas discutir sobre a autonomia privada do homem e os limites da ingerência da sociedade e do Estado na escolha do momento ideal da morte do paciente, em uma discussão ampla, para que esse assunto possa ser discutido com a seriedade e a relevância que merece. Lidar com a vida humana postula um estudo social e antropológico e envolve uma ponderação filosófica que está no pilar da história da raça humana. A busca por sua subsistência é o objetivo principal da Biologia e da Medicina, assim como a preservação de sua proteção é um objetivo jurídico (RECKZIEGEL; STEINMETZ, 2016, p.93).

Esta pesquisa é de suma importância pessoal, pois, em função da constante evolução tecnológica, ela aponta como o Direito teve de se modificar para proceder às inovações advindas do desenvolvimento da biotecnologia. Tais modificações incidem sobre a relação médico-paciente, estabelecendo um elo com os princípios do Estado Democrático de Direito.

Para a ciência, o tema abordado pretende demonstrar que essas questões respondem ao questionamento central que envolve o assunto: entender o grau de autonomia que deve ser concedido a uma pessoa em relação a questões jurídicas existenciais que refletem sensível e diretamente sobre si mesma. O princípio da dignidade da pessoa humana e demais direitos fundamentais do ser humano, positivados na CF/88, normatizam matérias que tratam da responsabilidade civil, penal e administrativa do médico, bem como matérias no contexto do Biodireito e da Bioética.

O ganho da sociedade com esse tema é nítido, tendo em vista que esse assunto demonstra que o direito à morte também deve ser protegido, pois o ser humano tem o livre arbítrio para decidir sobre sua vida, não podendo crenças e *tabus* influenciarem nessa escolha, ainda mais quando se refere a algo tão subjetivo quanto a vida alheia e à dignidade. Além disso, há a certeza de que a atividade médica é baseada em uma riqueza de detalhes que podem acarretar diversos tipos de responsabilidades ao profissional. Nesse sentido, registra-se que a evolução tecnológica da Medicina é causa de transformações visíveis na sociedade.

A metodologia é o artigo de revisão, que é uma pesquisa teórica de pequena extensão. Foi usado como fundamentação artigos científicos, leis, doutrinas e jurisprudências que responderam aos questionamentos levantados, demonstraram o histórico da problemática no nosso país e ajudaram no vislumbamento de uma possível mudança na lei, trazendo a morte digna como um direito positivado.

Os artigos científicos são a base desta pesquisa, estes foram pesquisados no Scielo e Google Acadêmico com as palavras-chave: morte digna, eutanásia, morte assistida, direito à morte digna, direito à vida digna, todos publicados em revistas científicas com ISSN e com autores mestres ou doutores. Os livros bibliográficos foram consultados em livrarias renomadas e na biblioteca *on-line* da Faculdade Processus e do Centro Universitário de Brasília.

O critério usado para os artigos foram os temas que envolviam a defesa da morte digna e a inexistência desta na norma jurídica, assim como a necessidade de adequação que possui, além da obrigatoriedade de um dos autores serem doutores ou mestres e o artigo estar publicado em uma revista científica. Toda a pesquisa foi realizada em quatro meses, computando-se nesse prazo a leitura de todos os artigos dispostos no termo de literatura assinado pelo monitor (artigos e livros), bem como a seleção e paráfrases dos trechos dos livros e artigos utilizados na presente pesquisa. Como critérios de exclusão dos artigos científicos, foram escolhidos os com até três autores(as) em que pelo menos um(a) dos(as) autores(as) é mestre(a) ou doutor(a), além da exigência de se tratar de artigo publicado em revista acadêmica com ISSN.

A pesquisa é qualitativa, por tratar-se de artigo de revisão de literatura, na qual os autores trataram as informações obtidas por meio da pesquisa bibliográfica, observando os aspectos relevantes abordados pelos seus respectivos autores, visto que o ser humano passa toda a sua existência com a função de alcançar seus objetivos, realizar seus sonhos e metas, procurar fazer aquilo que lhe fará bem. Isso é denominado viver. E esse viver é um dos aspectos primordiais que o Direito deve proteger por meio do direito à vida e da dignidade humana presentes na Constituição Federal.

Em um artigo de revisão de literatura, os critérios de exclusão e de inclusão das bases de dados para a definição do referencial teórico constituem-se como muito relevantes. Relewa destacar, ainda, que um artigo de revisão de literatura deve apresentar o tempo previsto para a realização da pesquisa, indicando-se como uma boa média temporal para esse tipo de trabalho que seja desenvolvido entre três e seis meses (GONÇALVES, 2020, p.97).

2 A VIDA E A MORTE

Vida e morte não podem ser entendidas de forma antagônicas e isoladas, pois a morte é o estágio final da vida, e se todos têm garantido o direito à vida, deveriam ter, igualmente, o direito a uma morte digna. Temas relacionados à morte digna e vida humana são repletos de atributos morais, culturais e éticos. Não há como abordá-los com facilidade, particularmente quando se trata de diretrizes antecipadas de vontade, reprodução humana assistida, suicídio assistido, eutanásia, entre outras. São temas que, independentemente da sociedade em que são tratados, não possuem consenso, pois estão intrinsecamente vinculados às questões bioéticas de alta complexidade, abrangendo técnicas biomé-

dicas que vêm evoluindo desde a segunda metade do século XX (RECKZIEGEL; STEINMETZ, 2016, p.93).

O estudo da vida está profundamente conectado ao estudo da morte. Com a transformação no processo da morte, intensificada pelo desenvolvimento das condições básicas de saneamento e pela divulgação de tratamentos médicos, a maneira como o paciente passa a ser cuidado atualmente chama a atenção para a percepção de uma vida digna, bem como de uma morte digna (CARVALHO; SOUZA, 2018, p.154).

O que se pergunta é, por que a morte tem esse caráter pejorativo e negativo tão contrário ao sentido que damos à vida? Se o direito à vida exige que esta seja uma vida digna, estando tal característica assegurada no texto constitucional, por que também não temos o direito a uma morte digna positivado em nossa norma? E por que não damos ao dono daquela vida o direito de renunciar a ela em situações específicas?

3 O ESTADO E A AUTONOMIA DA VONTADE

No Estado Democrático de Direito há a preocupação em colocar o homem como objeto central das normas do Estado, disposto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal. A dignidade humana é a causa pela qual se estrutura a ordem jurídica atual. Diante da lei que define sobre o exercício da Medicina, verifica-se total consonância com a ordem constitucional vigente, ao colocar a saúde das coletividades humanas e do ser humano como foco da atuação médica, devendo este atuar com o máximo de zelo, cautela e profissionalismo para que a saúde humana seja preservada, reconstruída ou tratada da melhor maneira possível.

Diante disso, onde entra o poder do ser humano em administrar e deliberar sobre assuntos do seu cotidiano sem ser totalmente regido pelas normas? Até onde o Estado pode intervir na vida do ser humano como forma de limitar suas escolhas? A autonomia privada também não deveria ser protegida em alguns momentos? Diante de uma situação tão complexa que é a doença terminal, não deveria o paciente obter mais autonomia para julgar e deliberar sobre aquilo da maneira que lhe for conveniente?

Observa-se a ideia de autonomia privada como a habilidade que a pessoa possui para realizar opções e escolhas que acarretarão efeitos jurídicos e extrajurídicos. Mesmo os ordenamentos mais restritivos e mais totalitários admitem a capacidade de o indivíduo determinar os rumos de sua conduta. Mesmo as sociedades caracterizadas pela uniformização dos *padrões* de comportamento e de consumo não podem extinguir essa liberdade de autorregulação dos próprios comportamentos (ROCHA; PEREIRA, 2016, p.166).

O princípio da autonomia não está de acordo com o antigo paternalismo médico, que preconizava ser a opinião do médico a única a ser ouvida e acatada, sem qualquer respeito à vontade do paciente. Nesse sentido, na eventualidade de qualquer paciente, tendo em vista as informações obtidas sobre seu estado de saúde, precisar se sujeitar a procedimento cirúrgico específico, antes disso,

deve ser observada sua própria vontade e seu desejo de escolha (FONSECA, P.HC; FONSECA, M.P., 2016, p. 80).

Observando os valores dispostos no texto constitucional como acontecimentos históricos, deve-se retomar os costumes dos resultados constitucionais, que são a preservação da vida e a proteção da dignidade humana, asseguradas e positivadas, visando dar ao indivíduo mais do que o direito de viver, mas o direito de ter uma vida com dignidade, com todo o necessário para que ele não apenas sobreviva, mas viva da melhor maneira possível.

A dignidade é considerada como parte do requisito de que o homem, independentemente de qualquer outra situação e devido exclusivamente a sua condição humana, é detentor de direitos que devem ser tutelados pelo Estado. A dignidade pode ser analisada, ainda, sob duas outras dimensões: uma interna, que considera a autodeterminação e a liberdade como pressupostos da dignidade da pessoa humana no limite da vida, e outra externa, no que concerne aos cuidados paliativos de pacientes terminais. Esses cuidados e tratamentos paliativos demonstram total atenção ao paciente e devem atender a aspectos emocionais, físicos, espirituais e sociais. Essa dimensão da dignidade humana no processo da morte demonstra que o objetivo do tratamento ou da intervenção deve ser direcionado não em retardar ou acelerar a morte, mas em disponibilizar ao enfermo a mais favorável qualidade de vida, representada no alívio dos sintomas, das sensações de solidão e de angústia. Todavia, uma ética médica mais adequada é aquela que pondera e identifica as necessidades individuais de cada pessoa e de sua família (FERRAREZE FILHO, 2010, p.7).

A idealização de dignidade veda a operacionalização do homem, que deve ser continuamente entendida como um fim em si mesmo, não podendo ser resumida à condição de objeto. Essa autonomia é primordial para a total satisfação e realização do indivíduo, sendo a primazia do ordenamento jurídico brasileiro promover e proteger a dignidade humana como fundamento absoluto, sublinhada a relevância que lhe é dada (ROCHA; PEREIRA, 2016, p.160).

4 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana é o alicerce do Estado Democrático de Direito. A Constituição é suprema e a todo instante busca promover a dignidade humana em todas as esferas do Estado, seja pelo meio familiar, social ou econômico. Mesmo que não esteja expresso no ordenamento jurídico, o fato é que existe o princípio constitucional da felicidade, inerente ao ser humano, que faz parte de todos nós e é dever primordial do Estado. A pessoa não vive para o Estado, mas, sim o contrário: o Estado existe para atender às pessoas.

Visto assim, como a Medicina vê o ser humano e as doenças que o acompanham? Para que serve a Medicina e como ela age diante de todos esses direitos que são assegurados aos seres humanos? Como é e como deveria ser a relação médico-paciente? Esses limites impostos atrapalham ou ajudam o paciente em sua luta dentro de um hospital?

A Medicina analisa o ser humano em partes, avalia os sistemas circulatório, respiratório, digestivo, reprodutor, ósseo, hormonal e muscular. Entretanto, o ser precisa ser observado como um

todo, deve ser observado como um ser espiritual e psicossocial. Uma doença raramente é só orgânica ou somente social, familiar ou psíquica, ela é um conjunto que reúne todas essas condições. Médicos e pacientes são tomados pela sensação de fracasso diante de situações terminais. O médico porque se sente incapaz diante da inexistência de recursos terapêuticos, e o paciente devido à proximidade da morte (RECKZIEGEL; STEINMETZ, 2016, p.103).

A dificuldade no tratamento da dignidade de pacientes terminais é estabelecer com certeza o que se compreende por pacientes em estado terminal. A princípio pode ser compreendida como uma situação de morte inevitável e iminente em que as ações de suporte vital somente postergam o momento da morte. É simples constatar essa situação em processos irremediáveis, a dificuldade existe em doenças relevantes e graves cujo diagnóstico não é completamente mortal (FERRAREZE FILHO, 2010, p.7).

5 A DETERMINAÇÃO DO ESTADO TERMINAL

A condição de paciente em estado terminal não depende de a pessoa estar em estado vegetativo permanente ou encontrar-se em estado de coma. É determinado pela irreversibilidade do quadro diagnosticado, bem como a alta possibilidade de óbito em período próximo, em que os tratamentos, quando existem, apenas estão ali para dar maior conforto àquela pessoa ou postergar sua morte, não para curar.

O ser humano, na fase de enfermidade, é insubstituível, possui sua personalidade e intimidade, reconhece que possui uma história própria, que construiu uma vida e, mesmo sofrendo, tem conhecimento de que sua existência acabará. Nesse autoconhecimento, o enfermo assume a condição humana de finitude, apesar de esforçar-se em aceitar sua condição, e avalia sua trajetória pessoal. Pode ocorrer de a doença acometer o paciente de tal modo que ele não consiga refletir sobre sua existência e sobre si mesmo, bem como não conseguir analisar as decisões terapêuticas. A angústia e a depressão podem abatê-lo, mas o tratamento deve ser indispensável, sob pena de o enfermo almejar a morte, o que caracteriza uma situação deprimente. Por isso a importância de envolver o paciente de cuidados paliativos, que são capazes de resgatar o sentido humano (RECKZIEGEL; STEINMETZ, 2016, p.96).

Na presunção de inconsciência, os familiares e os médicos são constantemente compelidos a decidir se vão ou não interromper o suporte vital do paciente que está inconsciente, casos em que usualmente se diz existir estado vegetativo permanente ou persistente. Muitos pacientes em estado vegetativo persistente conseguem movimentar e abrir os olhos, no entanto os centros superiores de seus cérebros foram permanentemente danificados, tornando inviável qualquer retorno à consciência bem como a incapacidade para qualquer sensação ou pensamento (MORAES; RIBEIRO, 2016, p.335).

A limitação médico-terapêutica obedece ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, visto que não permite a omissão do profissional de saúde no fim da vida, destacando a opção de terapias proporcionais, pelo compromisso de cuidado e pelo respeito à autonomia do paciente, exteriorizada pela concordância e pelo consentimento, seja por declaração expressa de vontade do

paciente; ou apenas por meio dos testamentos vitais, que são declarações formais de anuência para atenuação da vida em situações de vida vegetativa. O Estado Democrático de Direito tutela a proteção da dignidade da pessoa humana apenas em casos em que tenha limitação na autodeterminação do indivíduo (FERRAREZE FILHO, 2010, p.8).

Buscar no texto constitucional brasileiro a resposta adequada ou a verdade para a preocupação que envolve as perspectivas de um “direito à morte” é progredir sobre a viabilidade de descobrir, por meio da comunicação com a tradição dos conceitos, um antídoto contra a pluralidade de respostas dentro do sistema jurídico. Sendo um meio para sanar a inexistência de um direito que garanta que a pessoa em estado terminal determine o momento mais viável para desistir de tratamentos e simplesmente possa morrer de forma digna, ainda consciente e com plena capacidade mental.

Diante da morte, o ser humano vê-se frágil, finito, limitado à sua circunstância súbita, à sua circunstância de ser-para-a-morte. Nesse campo inseguro e escorregadio, como coexistir com a falta de verdades que envolvem a morte? Como coexistir com a incerteza desse incompreensível conhecimento no Direito? Como coexistir com esses medos e receios? (FERRAREZE FILHO, 2010, p.3).

Além disso, seria lícito entender o “amor-próprio” como a emoção que leva a pessoa a desejar, acima da proteção da permanência biológica, fatos de sua vida que lhe sejam especialmente importantes, como a liberdade de movimentos, as faculdades mentais ou a independência em relação a outras pessoas, ou ainda a não aceitação de um tratamento que apenas postergaria o momento de sua morte (ROCHA; PEREIRA, 2016, p.160).

6 O DIREITO À MORTE DIGNA

A Constituição recepciona em seu texto princípios que configuram deontologicamente a obrigação de uma vida boa, uma sociedade humanitária e o cumprimento de promessas da modernidade, tais como liberdade, igualdade e fraternidade. Isso valerá para a vida que a pessoa leva, devendo ela ser digna, mas nada garante o direito a uma morte igualmente digna, quando o paciente em estado terminal julgar correto.

O direito constitucional à vida não abrange o dever de postergar a morte natural, mediante a utilização de técnicas protelatórias que proporcionem uma sobrevida artificial e penosa; uma interpretação do artigo 15 do Código Civil identifica no corpo do seu texto o direito à renúncia ao tratamento, posto que não existe tratamento livre de riscos. O paciente estaria amparado por norma para padecer da própria doença ou decidir entre os riscos do tratamento. Há atipicidade na conduta do médico que suspende os tratamentos dispensáveis, mesmo que seu dever, diante da situação terminal do paciente, seja de propiciar cuidados paliativos e conforto terapêutico, falta-lhe o dever jurídico de prorrogar uma vida irre recuperável (ROCHA; PEREIRA, 2016, p.166).

Sabe-se que o ordenamento jurídico brasileiro, assim como na maioria dos países ocidentais, não reconhece expressamente o direito à eutanásia, assim como proíbe outras técnicas que tenham como objetivo evitar a postergação da aflição na vida de uma pessoa e o fim dela, ainda que inexistam

possibilidades de recuperação (cura) ou que seja a vontade desse indivíduo. Todavia, seus apoiadores defendem o comportamento como indiferente penal. A doutrina, no entanto, interpreta que a eutanásia configura crime de homicídio privilegiado, constante no artigo 121, §1º, do Código Penal. Trata-se de uma minorante da pena do homicídio e não um tipo penal autônomo (ROCHA; PEREIRA, 2016, p.156).

Quanto à questão da autonomia, há a obrigatoriedade de se obedecer aos princípios de uma moralidade universal, em que o paciente possuiria autonomia para sempre agir de forma racional, na qual nas suas escolhas individuais predomine sempre uma vontade legisladora universal, mas que não ultrapasse a pessoa, podendo esta então autorregular-se sobre determinados assuntos (ROCHA; PEREIRA, 2016, p.158).

O ordenamento jurídico tutela o direito à vida para que não haja exercícios arbitrários de autodeterminação. Portanto, o ordenamento proíbe que uma pessoa tire a vida de outro que tem constitucionalmente garantido o direito de não ter sua vida violada. Entretanto, nada se fala sobre o poder da pessoa de determinar seu próprio futuro, quanto ao tratamento médico, à continuidade de sua vida ou ao momento de sua morte (FERRAREZE FILHO, 2010, p.9).

No momento em que é reconhecido o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana no texto constitucional, não parece aceitável compreender sua autonomia como um dever ou outorga do Estado, mas como o reconhecimento ao indivíduo do poder de autorregular-se nos limites da lei, em seu sentido amplo, tendo no ordenamento jurídico a base que resguarda esse direito (ROCHA; PEREIRA, 2016, p.167).

Na Medicina, a dignidade dar-se-á mediante o reconhecimento de alguns fatores que suavizam a dor e o sofrimento, como o respeito pelo paciente, assegurando-lhe conforto, autonomia para escolher sobre onde quer passar seus últimos dias, acesso a medicamentos e tratamentos que possam amenizar suas angústias, informações corretas sobre sua saúde e riscos das intervenções e dos procedimentos. Ademais, a dignidade acontece, igualmente, na renúncia ou suspensão de intervenções a que o paciente não pretende se expor. Não se deve, necessariamente, abandoná-lo ou fazer cirurgias e encaminhamentos terapêuticos desnecessários, pois deve-se obedecer e respeitar as suas convicções religiosas, bem como mostrar apreço por suas escolhas.

7 LIMITES AO DIREITO DE AUTONOMIA E TIPOS DE DELIBERAÇÃO AOS TRATAMENTOS MÉDICOS

Consequentemente, não é a autonomia da pessoa humana um direito absoluto. O exercício desse direito, garantido constitucionalmente, pode sofrer restrições, fundamentadas pelo interesse público. No entanto, quando esse direito individual conflita com o interesse coletivo, seu valor enquanto expressão da dignidade determina que lhe seja assegurado um núcleo essencial, que parece abranger as situações existenciais que mais lhe afetam, em que se evidencia a viabilidade de realizar escolhas que restrinjam ao máximo o sofrimento e a dor (ROCHA; PEREIRA, 2016, p.168).

Ademais, na proximidade de uma morte irremediável, admite-se a renúncia a tratamentos que forneçam um retardamento desnecessário da vida, conservando-se apenas os procedimentos normais.

Além disso, o objetivo do tratamento seria enfrentar a patologia e a morte, ignorando que o real propósito da relação entre médico e paciente deve ser o conforto, a satisfação e o bem-estar do paciente, o que resulta na identificação da morte como parte do processo da vida, provavelmente benéfica, quando o retardamento desta resulte em sofrimentos desnecessários (ROCHA; PEREIRA, 2016, p.160).

Há várias formas de deliberação sobre tratamentos médicos, momento de morte e procedimentos para manter a vida, dentre elas a eutanásia, a ortotanásia e a mistanásia, todas diferentes em seus momentos e atos. A eutanásia é o ato proposital de dar fim à vida de um indivíduo, com sua aprovação, mediante uma ação ou omissão, abreviando uma morte certa. A conduta pode ser adotada por qualquer pessoa. O objetivo é reduzir ou evitar a dor. É fazer o bem. É a promoção da morte antes do momento natural. Portanto, a eutanásia é uma forma de retardar a vida da pessoa que está em fase terminal.

A eutanásia pode ser voluntária, involuntária e não voluntária. É voluntária quando há o expresso consentimento do paciente; involuntária, quando é contrária à vontade do paciente; e não voluntária, quando ocorre sem a manifestação expressa da vontade do paciente. No tocante à eutanásia involuntária, o consenso jurídico quanto a seu caráter criminoso é unânime. Os atos praticados da eutanásia não voluntária mais comuns são os que envolvem pacientes em estado vegetativo persistente e pacientes incapazes (MORAES; RIBEIRO, 2016, p.333).

Em um Estado Democrático de Direito, a legalização da eutanásia é questão de tempo, assim como o aperfeiçoamento e enraizamento na comunidade dos princípios democráticos e ideais, já que ela nada mais é do que consequência do exercício da autonomia e até da democracia, deixando o outro reagir da forma como lhe convém à determinada situação (RIBEIRO, 2019, p.43).

A ortotanásia etimologicamente significa “morte piedosa” ou “morte correta” (*orto*: certo; *thanatos*: morte). Simboliza o não retardamento artificial da morte, garantindo que ocorra o processo normal (natural) da morte. Essa conduta é também conhecida como a “morte desejável” ou “boa morte” e é contrária à distanásia, cujo objetivo é prolongar a vida de qualquer jeito e sob qualquer circunstância, sem preocupação com a aflição e o sofrimento do paciente. No Brasil, em 1984, já houve, inclusive, proposta para reforma do Código Penal, para acrescentar a ilegalidade da ortotanásia no artigo 121, §4º do código, porém a proposta não foi aceita. O texto do Código Penal previa a ortotanásia no §3º do artigo 121, quando o processo da morte já havia iniciado e o enfermo precisava de aparelhos artificiais, assim como não havia a expectativa de recuperação ou restabelecimento total do paciente. Esse procedimento não pode ser confundido com a eutanásia, circunstância em que não se iniciou o processo da morte, mesmo o paciente possuindo uma enfermidade irreversível e incurável (RECKZIEGEL; STEINMETZ, 2016, p.97).

Já a mistanásia é uma dificuldade coletiva e social. É a figura simbólica e figurativa dada à morte por diversos fatores, prática frequentemente adotada em países de Terceiro Mundo, em que há escassez de verbas e recursos. É a morte prematura, que ocorre antes do tempo natural, em virtude da incapacidade do Estado de conceder tratamento à pessoa que poderia ser tratada e curada. Trata-se da inexistência ou da insuficiência de serviços médicos, observada na omissão de socorro do Estado (FONSECA, 2016, p. 112).

O Brasil é um país laico, em virtude de sua pluralidade religiosa e cultural. Na Constituição de 1988 há a garantia da proteção à vida, não obstante não se tenha seu conceito e sua hierarquia definidos expressamente no que concerne aos demais direitos fundamentais. Já os fundamentos sobre a morte, especialmente sobre a “boa morte” ou a “morte digna”, não estão dispostos no ordenamento jurídico brasileiro (RECKZIEGEL; STEINMETZ, 2016, p.108).

No ordenamento jurídico brasileiro, embora não existam referências legais sobre o processo da morte com dignidade, o Conselho Federal de Medicina e a doutrina pátria são favoráveis a práticas que preconizam a ideia da morte digna, retratados pelos cuidados paliativos, pela ortotanásia e pelas diretrizes antecipadas de vontade do paciente terminal.

8 A EUTANÁSIA PELO MUNDO

Existem várias interpretações em outros países sobre a autonomia privada, sobre a possibilidade da eutanásia, da ortotanásia e da morte medicamente assistida, o que revela a importância de se dar ao paciente o direito de escolha e de respeitar o momento complexo pelo qual ele está passando, confortando seu sofrimento e dando o alento de que precisa.

Na Holanda, que é a favor da eutanásia e do suicídio medicamente assistido, denotam-se fundamentos deontológicos, tais como: o princípio da autonomia do paciente representaria um direito legítimo à abreviação de sua vida; optar pela morte configuraria um direito humano; a eutanásia voluntária ativa é consentida antes da fase terminal, devendo as autoridades legais serem comunicadas. Dentre os fundamentos consequencialistas, sublinham-se a possibilidade de praticar uma liberdade positiva, ao decidir por uma vida com dignidade, o aumento da autoestima individual; o crescimento do princípio da moralidade pública, ao assegurar o caráter particular da morte e do morrer. Finalmente, os princípios fundamentais clínicos em prol da eutanásia limitam-na a fases terminais, em que a suspensão do tratamento seria autorizada, sendo o protelamento da vida um sofrimento desnecessário (ROCHA; PEREIRA, 2016, p.156).

Os holandeses aprovaram a prática da eutanásia com a entrada em vigor da lei em 2 de maio de 2002. Essa prática é adotada para reduzir a sobrevida de pacientes vegetativos em estado terminal ou em coma irreversível (MORAES; RIBEIRO, 2016, p.336). Já nos Estados Unidos da América, evidenciam-se os seguintes esforços deontológicos benéficos: ninguém deve tolerar um sofrimento ou uma dor que não podem ser atenuados; o direito à autonomia das pessoas abrangeria a viabilidade de controlar o local, o tempo e a natureza de suas mortes; a rejeição a tratamentos eficazes a prorrogar a vida tornaria subentendido o direito a conquistar o resultado morte de uma maneira mais direta; aceitar a morte tornar-se-ia um ato de misericórdia e compaixão (ROCHA; PEREIRA, 2016, p.156).

Na Índia, a eutanásia é denominada morte auto-obstinada, que se diferencia da eutanásia pelo fato de carecer de autodisposição para ser praticada, enquanto a morte auto-obstinada possui uma esfera de atuação mais ampla. Suas diferenças, apesar de sutis, tornam tais institutos encarados de diversas formas em outros países, podendo uma ser permitida e outra proibida ou ao contrário.

A morte auto-obstinada acabou sendo permitida pelos seguidores budistas em duas hipóteses: quando provocada pela sensação insuportável de angústia que o paciente suporta e quando ocasionada pela dor física intolerável pela qual o paciente está passando. Buda perdoa essas situações de morte, o que confirma a necessidade de se obter um fundamento que comprove a instigação da morte (RECKZIEGEL; STEINMETZ, 2016, p.100).

A ortotanásia é uma providência altruísta. A morte digna é um dos direitos fundamentais do homem, que está sendo retirado de várias pessoas que sofrem, em nosso país, por ausência de lei inadequada, que obriga os médicos a submeterem seus pacientes a procedimentos e tratamentos desnecessários, causadores apenas de um sofrimento adicional (ROCHA; PEREIRA, 2016, p.165).

Portanto, a ortotanásia é a prática mais indicada para se resolver os conflitos existenciais, que ocorrem no fim da vida. Essa prática respeita o caminho natural da vida e, também, do seu fim, bem como procura atenuar a aflição do paciente, a fim de que ele não sofra por se expor a tratamentos e a intervenções que objetivam apenas prolongar um pouco a sua vida, mas que se tornam ineficazes na busca pela cura (RECKZIEGEL; STEINMETZ, 2016, p.110).

A omissão de norma jurídica que defina a preservação da vida em situações de estado vegetativo permanente ou de terminalidade possibilitaria a escolha pela ortotanásia, tendo em vista que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II, CF/88); a manifestação de pensamento e liberdade de consciência, que autorizariam o doente a optar pela não submissão a tratamentos desnecessários (art. 5º, IV e VI, CF/88) e a equiparação do tratamento terapêutico diverso da vontade do paciente a “tratamento desumano ou degradante”, cuja vedação no ordenamento jurídico é expressa e absoluta (art. 5º, III, CF/88).

9 A RESPONSABILIDADE MÉDICA

Como fica a questão da responsabilidade médica diante de um fato violador de direitos? A responsabilidade civil reflete a consequência da violação ao direito de outrem. É o pagamento de uma indenização ou a exigência da obrigação de fazer ou não fazer, como resposta sancionatória. Pode ser, também, a perda de um direito ou a anulação de um ato. A responsabilidade penal se configura, uma vez detectada a presença da conduta de agente capaz, de forma típica, ilícita e culpável, uma conduta do agente responsável que esteja prevista pela lei penal, e que este agente atue contra a lei, sem o respaldo de qualquer excludente de ilicitude e que esteja apto a responder pelos seus atos, consciente de sua conduta. A pena para quem praticar a infração penal é a submissão diante da cominação legal que se desdobra em penas restritivas de direitos, privativas de liberdade ou pecuniárias. A responsabilidade administrativa é vislumbrada quando houver prova inequívoca de que o agente atuou conforme prescreveu a Lei, em regra (FONSECA, 2016, p.114).

Considerando o indispensável relato do paciente, diante das modificações na relação existente entre médico e paciente, mediante intervenção médica eventual para decidir sobre situação que envolve sua saúde, o fundamento da autonomia privada passou a ser elemento essencial na relação jurídica, que corresponde a um permissivo jurídico para as partes de uma relação jurídica com o objetivo de se criar direitos e obrigações (FONSECA, 2016, p.171).

A permissão informada e livre, no âmbito das relações contratuais entre as partes, considerando-se o princípio da autonomia privada, acrescida ao dever daquele em oferecer todos os dados sobre o estado de saúde deste, é mais um compêndio de regras para verificar o poder de autodeterminação do paciente, que, sendo respeitada, garantirá a este o poder de decidir sobre o próprio futuro diante de uma situação complexa. (FONSECA, 2016, p.171).

Deve ser verificado o bom senso do paciente, requisito que requer a aptidão de compreender, satisfatoriamente, o estado de saúde atual do paciente, a fim de que possa decidir com validade jurídica. É evidente que o médico adotará as medidas para declarar o juízo do seu paciente, para que suas decisões sejam acatadas como corretas. Além do requisito do esclarecimento, deve ser considerado o requisito da vontade livre do paciente, pois é através desse requisito que ele tomará decisões, desprezando qualquer forma de coação externa, seja social, familiar ou do próprio médico. É importante como o princípio da autonomia privada inseriu-se na relação médico-paciente.

O médico deve orientar seu trabalho sempre para o conforto e bem-estar, tendo em vista o poder de autodeterminação do seu paciente. Deve reger-se com ética, ao explicar sobre as condições de saúde do paciente e dedicar-se aos seus pacientes com zelo, competência e probidade profissional, para que, assim, seja criada uma relação médico-paciente pautada na confiança, no cuidado e no respeito pelas vontades do paciente.

As decisões sobre intervenções e tratamentos médicos devem se fundar em considerações sobre o bem-estar e os direitos do paciente, mensurando-se benefícios e custos das intervenções, por meio de compartilhamento da decisão entre o doente ou seu responsável legal e o médico. Os estudos demonstram que a maioria das reclamações contra médicos decorrem não, propriamente, de erros médicos, mas da ausência de comunicação clara e detalhada que expõe a dignidade do paciente (RIBEIRO, 2019, p.171).

A dignidade da pessoa humana transcende os anseios de cada ser, circunda a possibilidade de se escolher sobre as próprias vontades e que estas sejam respeitadas. Essa concepção não distingue o processo de morrer quando se diz vida com dignidade até a morte, ou morte com dignidade. É fundamental que os pacientes tenham bem definidas as suas vontades e os seus desejos, bem como as suas pretensões relativas aos tratamentos e intervenções no final da vida e que estes sejam de conhecimento de seus cuidadores, responsáveis ou estejam registrados.

O desejo expresso do paciente quanto às providências, cuja finalidade seja prolongar a vida, mesmo que sem melhora de doenças e perspectiva de cura, pode ser demonstrado mediante diretivas antecipadas de vontade, na forma de um mandato duradouro ou testamento vital. A fidelidade dos desejos manifestados reflete na valoração da autonomia de quem as apresentou, além de proporcionar a morte digna nas circunstâncias nas quais são permitidas o distanciamento da utilização de recursos artificiais que retardariam o seu processo de morrer, às vezes de forma angustiante e agonizante (RIBEIRO, 2019, p.172).

A não aceitação da autonomia e da dignidade, abrangendo o tratamento exigido e a desconsideração da aptidão individual de tomar decisões, demanda uma atenção inapropriada na realização dos serviços de saúde, que, relacionada aos altos níveis de pobreza, exclusão social, violência, favorece resultados desastrosos no processo. O fato de não dar a autonomia privada necessária ao paciente para que este escolha seu destino com relação a tratamentos e momento de morte torna a relação deste

com a doença e a morte ainda mais dolorosa, traz ainda mais danos à sua saúde e ainda dificulta a relação de confiabilidade do paciente para com o médico ao trazer limites a essa relação.

10 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo abordou o direito à morte digna, demonstrando e refletindo sobre os casos em que o paciente, plenamente capaz, com uma doença terminal ou progressiva sem qualquer perspectiva de cura poderia optar por fazer ou não o tratamento que apenas amenizaria as máculas da doença ou prolongaria a sua vida, assim como a possibilidade do paciente escolher o momento e como quer morrer, já que tal fim é inevitável no caso.

O artigo respondeu a questões como quais são os fatores que definem se uma pessoa está ou não no final da vida? E levantou a hipótese sobre a possibilidade de o paciente, acometido de incapacidade irreversível ou em estado terminal, ter ou não o direito de deliberar sobre os termos de sua morte, bem como ser livre para decidir sobre os assuntos da sua vida.

O objetivo geral do artigo foi explorar as situações terminais que atingem pacientes capazes de expressar sua vontade no tocante aos rumos que pretendem dar a seu tratamento, diante dos preceitos constitucionais. Os objetivos específicos foram o de expor sobre o direito de morrer de maneira digna de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro; contextualizar, nos planos filosófico, histórico e da Medicina, o progresso dos cuidados paliativos em pacientes em estágio terminal, que buscam uma morte digna; definir conceitos sobre as práticas permitidas ou vedadas pelo ordenamento jurídico no tocante à morte digna; estudar o direito que um paciente teria de reduzir a sua vida, assim que ele percebesse que manter-se vivo seria mais inapropriado e indigno do que morrer e qual o limite de intervenção do Estado nessa decisão, assim como apresentar algumas responsabilidades médicas previstas no ordenamento jurídico.

Esta pesquisa foi de suma importância na esfera profissional, pois, em função da constante evolução tecnológica, a pesquisa aponta como o Direito teve de se modificar para proceder às inovações advindas do desenvolvimento da biotecnologia. Também teve grande importância para a ciência, pois responde ao questionamento central que envolve o assunto: entender o grau de autonomia que deve ser concedido a uma pessoa em relação a questões jurídicas existenciais que refletem sensível e diretamente sobre si mesma. Mostrou-se importante também para a sociedade, tendo em vista que esse assunto demonstra que o direito à morte também deve ser protegido, pois o ser humano tem o livre arbítrio para decidir sobre sua vida, não podendo crenças e tabus influenciarem nessa escolha, ainda mais quando se refere a algo tão subjetivo quanto a vida alheia e dignidade.

A pesquisa atingiu o resultado almejado, uma vez que contribuiu para a compreensão sobre o instituto mencionado, elucidando seus pontos excepcionais e mostrando como é necessário dar mais autonomia ao paciente, para que este possa guiar-se pelo caminho que desejar, dando a ele um resto de vida e uma morte dignas, sem responsabilizar familiares e a equipe médica, apenas por seguir a vontade do próprio paciente.

REFERÊNCIAS

CARVALHO, Gustavo Matoso de; SOUZA, Douglas Eduardo Figueiredo. A Morte Digna e as Diretivas Antecipadas de Vontade. **Revista de Direito e Ciências Gerenciais**. vol. 2, n.2. 2018. ISSN 2525-9245.

FERRAREZE FILHO, Paulo. Direito à Morte: Possibilidades e Perspectivas. **Revista Jurídica – CCJ/FURB**. vol.14, n.27. 2010. ISSN 1982-4858.

FONSECA, Pedro H.C.; FONSECA, Maria Paula. **Direito do Médico de Acordo com o Novo CPC**. Editora D'Plácido, 2016. ISBN 978-85-8425-296-1.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. Como fazer um projeto de pesquisa de um artigo de revisão de literatura. **Revista JRG de Estudos Acadêmicos**. Ano II, vol. II, n.5 (ago./dez.), 2019.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. **Manual de Projeto de Pesquisa**. Brasília: Processus, 2019 (Coleção Trabalho de Curso, Vol. I).

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. **Metodologia Científica e Redação Acadêmica**. 8. ed. Brasília: JRG, 2019.

GONÇALVES, Thaís Angelina S.F.M. **Eutanásia e o Direito à Morte Digna**.

MORAES, José Diniz de; RIBEIRO, Diaulas Costa. Direito à Morte (Eutanásia) na Constituição Federal: Uma visão semiótico-bioética. **Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor**. vol. 3, n.1. 2016. ISSN 2359-5299.

RECKZIEGEL, Janaína; STEINMETZ, Wilson. **Cuidados Paliativos e o Direito à Morte Digna**. RDU. vol. 13, n.72. 2016.

RIBEIRO, Diaulas Costa. **Medicina e Direito: Dilemas da Modernidade**. Conselho Federal de Medicina. 2019. ISBN 978-85-87077-70-7.

ROCHA, Luiz Augusto Castello Branco de Lacerda Marca da; PEREIRA, Thiago Rodrigues. O direito de Morrer com Dignidade. **Revista Paradigma**. vol. 25, n.1. ISSN 2318-8650.

O direito de saber do paciente. Uma crítica ao texto do artigo 34 do Código de Ética médica, Resolução CFM nº 2.217/2018, frente aos princípios da dignidade da pessoa humana e da autonomia do paciente

Marcus Vilmon Teixeira dos Santos¹

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo uma análise do artigo 34 do Código de Ética Médica (CEM), que autoriza o médico a deixar de informar o paciente sobre o estado de saúde quando a comunicação direta possa provocar-lhe dano, diante do princípio da dignidade da pessoa humana e da autonomia do paciente. Para tal elaboração, pesquisas bibliográficas e estudos de legislações foram utilizados como metodologia. Ressalta-se que a análise não tem pretensão de esgotar o tema, porém objetiva abordar a discussão por outro ângulo, que até então tem passado despercebido por parte da doutrina. As análises permitem ratificar o dever que o médico tem de informar, adequadamente, ao paciente sobre diagnóstico, riscos e alternativas de tratamento, para que o paciente, de posse dessas informações, possa participar ativamente dos processos decisórios sobre a sua saúde. Por fim, percebe-se a necessidade de o Conselho Federal de Medicina (CFM) refletir sobre o tema e atualizar o artigo 34 do Código de Ética Médica, haja vista o descompasso com o atual ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Paciente. Direito à informação. Autonomia médica. Ética. Dignidade da pessoa humana.

¹ Procurador Jurídico do Conselho Regional de Odontologia do Distrito Federal. Pós-graduado em Direito Público pela Universidade Católica de Minas Gerais.

1 INTRODUÇÃO

A medicina foi exercida de forma paternalista durante muito tempo. Nesse pretérito, o médico – detentor do conhecimento científico – era visto como figura divina, cabendo a ele decidir, de forma absoluta, o tratamento que seria realizado no paciente. O paciente não possuía direitos atinentes à condição de ser humano e funcionava, nessa relação assimétrica, apenas como sujeito passivo.

Contudo, após a 2ª Guerra Mundial, surge, em resposta às atrocidades, às barbaridades e aos horrores cometidos pelo nazismo contra a humanidade, uma nova ordem do direito internacional, cujo objetivo era a reconstrução de um sistema normativo voltado à proteção dos direitos fundamentais do ser humano.

Destarte, o princípio da dignidade da pessoa humana ganha força, e o ser humano passa a ser visto como detentor de autonomia e livre arbítrio. Esse fato, aliado ao aprimoramento das condutas éticas e à evolução das ciências, provocou grande transformação na relação médico-paciente, fazendo com que o paciente passasse a ser reconhecido como sujeito de direito nessa relação, sendo-lhe garantido o direito de decidir sobre assuntos inerentes a sua saúde de forma autônoma.

Atualmente, a autonomia do paciente é um dos princípios bioéticos mais relevantes na relação médico-paciente, sendo que, em virtude dele, o médico é obrigado a informar adequadamente o paciente sobre diagnóstico, prognósticos, riscos, custos e alternativas de tratamento, para que ele, de posse dessas informações, possa participar ativamente, de forma esclarecida, dos processos decisórios sobre a sua saúde.

Nesse cenário, o direito à informação do paciente passou a ter relação direta com a dignidade da pessoa humana, à medida que é requisito imprescindível para garantir a autonomia do paciente.

Contudo, apesar de tratar-se de um direito fundamental do paciente, o Código de Ética Médica (aprovado pela Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.217, de 27 de novembro de 2018) estipula, em seu artigo 34, que o médico poderá deixar de informar ao paciente sobre o estado de saúde, quando a comunicação possa provocar-lhe danos.

Diante do exposto, o presente trabalho tem o objetivo de analisar a legalidade de tal dispositivo do Código de Ética Médica (CEM) diante dos princípios do direito à informação, da autonomia e da dignidade humana, que, atualmente, regem a relação médico-paciente. Para isso, foram adotadas como metodologia a revisão bibliográfica de autores múltiplos e a pesquisa em diferentes legislações.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 O princípio da dignidade humana

A percepção do médico como detentor do conhecimento científico, figura divina e titular de decisões absolutas no tratamento, foi recorrente e ratificada por muito tempo. No passado, o pacien-

te não possuía direitos atinentes à condição de ser humano e funcionava nessa relação, assimétrica, apenas como sujeito passivo.

A autoridade médica é destacada pelo professor Eduardo Dantas (2021), na obra *Direito Médico*. Ele relata que, até a primeira metade do século XX, a palavra do médico era ouvida/respeitada e as determinações cumpridas como verdade inquestionável, pois, como relata o autor,

O exercício da medicina era uma arte para poucos, e que dependia do brilhantismo e da iluminação pessoal do médico, sendo o exercício da medicina encarado tal e qual verdadeiro sacerdócio, e os procedimentos adotados no tratamento de um paciente raramente eram submetidos a dúvidas ou discussões, encarados que eram como justos, inevitáveis ou indispensáveis.

Mais adiante, na mesma obra, o professor resume de forma precisa como era a relação médico-paciente antigamente:

(...) Os primeiros séculos da história da medicina foram marcados por uma posição de superioridade dos detentores do conhecimento médico sobre os pacientes leigos. A arte medica era vista como algo divino, sobrenatural, e pouco ou quase nenhum questionamento existia com relação às decisões e determinações daqueles agraciados com o dom do conhecimento. (DANTAS, p. 60, 2021).

Tem-se, assim, que até meados do século XX a medicina era exercida de forma paternalista, o médico com base na sua autoridade profissional decidia segundo os seus critérios, sem a aquiescência do paciente, as medidas necessárias para a realização do tratamento.

Após a 2ª Guerra Mundial, aponta-se uma nova ordem do direito internacional, a qual visa construir um sistema normativo voltado à proteção dos direitos humanos. Esse fato também é uma forma de responder aos tratamentos violentos e desumanos cometidos pelo nazismo.

Nesse contexto ganha força o princípio da dignidade da pessoa humana, fortemente influenciado pelos iluministas dos séculos XVII e XVIII, cuja tutela consiste em promover o desenvolvimento do ser humano sob todos os aspectos, garantindo que ele não seja desrespeitado, tampouco violentado em sua integridade. Tal princípio passa a ter valor supremo no novo ordenamento jurídico mundial.

A proteção da dignidade da pessoa humana passa, então, a ser a grande causa da humanidade, tornando-se um dos principais princípios do sistema jurídico contemporâneo, servindo para estabelecer um modelo inovador do ordenamento legal, em que o homem passa a ser visto como o fundamento e o fim de todo o direito.

O interesse em proteger os direitos humanos cresce cada vez mais, e o princípio da dignidade humana passa a figurar em diversos documentos internacionais, como constituições; leis; tratados e em inúmeras decisões judiciais como fundamento para reconhecimento, proteção e promoção dos direitos humanos.

Para exemplificar tal afirmação, é possível citar a publicação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, documento elaborado pela Organização das Nações Unidas, (ONU), que enumera os direitos fundamentais de todo o ser humano, cabendo destacar o seu artigo 1º que estabelece: “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”.

Tal documento inspirou constituições de muitos Estados e democracia, inclusive no Brasil, onde a dignidade da pessoa humana foi adotada como um dos princípios fundamentais da República e está previsto no art. 1º, III, da Constituição Federal (CF/1988)², possuindo assim força normativa, pelo que todos os demais direitos não de ser interpretados segundo sua ótica.

A dignidade da pessoa humana constitui no ordenamento jurídico um mandamento nuclear, uma metanorma, que influencia toda a ordem jurídica (constitucional e infraconstitucional), razão pela qual, para muitos, justifica-se plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativo ou, em outras palavras, como supraprincípio, um valor supremo que irá influenciar todo o ordenamento.

Apesar de não ter uma definição específica, para fins do presente trabalho, pode-se entender a dignidade da pessoa humana como sendo o núcleo essencial dos direitos fundamentais do ser humano, tanto na dimensão individual quanto na dimensão social.

O ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, em artigo escrito com a professora Letícia de Campos Velho Martel, *A Morte Como Ela É: Dignidade e Autonomia Individual no Final da Vida* (2010), ensina que, sem prejuízo das muitas variações existentes sobre o tema, identifica-se um consenso razoável no sentido de considerar-se a dignidade humana o fundamento e a justificação última dos direitos fundamentais.

Para os autores, a preservação e promoção desses direitos têm uma dimensão individual e outra social. A dimensão individual da dignidade humana está ligada ao sujeito do direito, seus comportamentos e escolhas. Nesse plano, a dignidade expressa-se na autonomia privada, decorrente da liberdade e da igualdade, que garante ao indivíduo o direito de autodeterminação.

Já a dimensão social envolve a atuação do Estado e de suas instituições na concretização dos direitos sociais materialmente fundamentais, que correspondem ao mínimo existencial.

Ainda segundo os autores, é necessário que seja garantido ao indivíduo o direito a prestações e utilidades imprescindíveis à sua existência física e moral, cuja satisfação é, ademais, pré-condição para o próprio exercício da autonomia privada.

Corroborando com essa ideia, Flávio Martins, na obra *Direitos sociais em tempos de crise econômica*, expôs:

(...) daí a configuração do mínimo de existência como decorrência e instrumento daqueles valores fundacionais. Numa palavra, a dignidade da pessoa humana é a causa próxima do

2 BRASIL. **Constituição da República** (1988). Brasília: Casa Civil, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: fev. 2022.

mínimo de existência. É esta exigência que apoia a construção do sistema de direitos fundamentais e o apoio deste sistema em princípios e valores como a dignidade da pessoa humana e o desenvolvimento da personalidade. (MARTINS, p. 294, 2020).

Para o presente estudo, importa o estudo da dignidade na dimensão individual, relacionado ao direito da personalidade, que visa tutelar os atributos essenciais da condição humana, como o direito à autodeterminação.

2.2 Princípio da autonomia do paciente

A dignidade como autonomia é o direito que todo o indivíduo tem de decidir os rumos da própria vida, é a liberdade humana de autodeterminação. O reconhecimento da autonomia do ser humano como sendo expressão da dignidade da pessoa humana fez com que o homem passasse a ser visto como um fim em si mesmo, não podendo jamais ser tratado como mero objeto, como ocorreu até meados do século XX.

No campo da medicina, o reconhecimento da capacidade de autodeterminação do ser humano provocou grande transformação na relação médico-paciente, fazendo com que essa relação não fosse mais realizada de forma paternalista.

Atualmente, a autonomia do paciente é um dos princípios bioéticos mais importantes na relação médico-paciente, estando esse direito regulado amplamente na legislação brasileira. Por sua vez, a Constituição Federal (CF) estipula, no artigo 5º, II³, que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei.

A autonomia do paciente com relação ao tratamento médico também é tutelado pela Carta Magna, que prevê no artigo 5º, incisos VI e VIII⁴, o direito do paciente de recusar-se a realizar tratamento que fira as suas convicções morais, filosóficas ou religiosas.

Nessa mesma linha, o Código Civil⁵ esclarece, no artigo 15, que “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”.

Já a Lei nº 8.080/90⁶ reconhece o direito à autonomia do paciente, direito este presente no artigo 7, III. Vale mencionar, ainda, que essa legislação dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde.

Outro dispositivo que também garante a autonomia do paciente é o Estatuto do Idoso⁷, ao mencionar, no artigo 17, que ao idoso que esteja no domínio das faculdades mentais é assegurado o direito de optar pelo tratamento de saúde que lhe for reputado mais favorável.

3 BRASIL. **Constituição da República** (1988). Brasília: Casa Civil, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: fev. 2022.

4 BRASIL. **Constituição da República** (1988). Brasília: Casa Civil, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: fev. 2022.

5 BRASIL. **Código Civil**. (2002).

6 BRASIL, **Lei nº 8.080**, de 19 de setembro de 1990. Casa Civil, 1990.

7 BRASIL, **Lei nº 10.741**, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Casa Civil, 2003.

Nesse mesmo espírito, a Lei nº 9.434/97⁸ – que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências – estipula, no artigo 10, que o transplante ou enxerto só se fará com o consentimento expresso do receptor, assim inscrito em lista única de espera, após aconselhamento sobre a excepcionalidade e os riscos do procedimento.

Cabe mencionar, ainda, a Portaria do Ministério da Saúde nº 1.820, de 13 de agosto de 2009⁹, que dispõe sobre os direitos e deveres dos usuários da saúde, estipulando que paciente tem direito à recusa, de forma livre, voluntária e esclarecida, a quaisquer procedimentos diagnósticos, preventivos ou terapêuticos, bem como o direito a escolher o lugar e o tempo de morte.

O Código de Ética Médica (CEM), aprovado pela Resolução CFM nº 2217/09/2018, modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019, também reflete essa nova realidade e, diferentemente dos diplomas éticos que o antecederam, valoriza a autonomia do paciente em diversos de seus dispositivos.

O CEM estipula, como princípio fundamental, que a medicina é uma profissão a serviço da saúde do ser humano e da coletividade e deverá ser exercida sem discriminação de nenhuma natureza, devendo o médico guardar absoluto respeito pelo ser humano, sendo que, no processo de tomada de decisões profissionais, ele aceitará as escolhas de seus pacientes relativas aos procedimentos de diagnóstico e terapêuticos por eles expresso.

O tratamento digno ao paciente e os direitos humanos são abordados, claramente, no Código de Ética Médica, no capítulo IV:

É vedado ao médico:

Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.

Art. 23. Tratar o ser humano sem civilidade ou consideração, desrespeitar sua dignidade ou discriminá-lo de qualquer forma ou sob qualquer pretexto.

(...)

Art. 24. Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo.

(...)

Art. 26. Deixar de respeitar a vontade de qualquer pessoa considerada capaz física e mentalmente, em greve de fome, ou alimentá-la compulsoriamente, devendo cientificá-la das prováveis complicações do jejum prolongado e, na hipótese de risco iminente de morte, tratá-la.

Outro ponto de destaque, também abordado pelo CEM, é a relação com pacientes e familiares, as definições são vistas no capítulo V:

8 BRASIL. **Lei nº 9.434**, de 4 de fevereiro de 1997 (Lei de Transplante de Órgãos). Casa Civil, 1997.

9 MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria nº 1.820**, de 13 de agosto de 2009. Dispõe sobre os direitos e deveres dos usuários da saúde. Disponível em https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2009/prt1820_13_08_2009.html. Acesso em: fev. 2022.

Art. 31. Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte.

(...)

Art. 42. Desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre método contraceptivo, devendo sempre esclarecê-lo sobre indicação, segurança, reversibilidade e risco de cada método.

A autonomia do paciente também é ressaltada em outras normas expedidas pelo Conselho Federal de Medicina, a exemplo da Resolução CFM nº 1.805/2006, a qual permite ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prologuem a vida do doente em fase terminal, de acordo com a vontade do enfermo ou de seu representante legal.

Já a Resolução CFM nº 1.995/2012, que dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes, enalteceu a dignidade da pessoa humana ao garantir ao indivíduo o direito de definir, de forma prévia, o seu desejo, a sua vontade, sobre os cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade.

Pode-se citar, ainda, a resolução do Conselho Nacional de Saúde (CNS) Resolução nº 196/96, que, em harmonia com o Código de Nuremberg e com a Declaração de Helsinque, dispõe que pesquisas envolvendo seres humanos no Brasil somente podem ser realizadas mediante assinatura do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE) pelo participante da pesquisa, no qual devem constar informações claras e relevantes acerca do objeto da pesquisa, benefícios e riscos, gratuidade pela participação, garantia de reparação dos danos causados na execução e faculdade de retirada imotivada do consentimento a qualquer tempo sem prejuízo para a pessoa.

Esse assunto, inclusive, é tema do Enunciado nº 532 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, em que é permitida a disposição gratuita do próprio corpo com objetivos exclusivamente científicos, nos termos dos artigos 11 e 13 do Código Civil.

Conforme demonstrado, a relação médico-paciente deixou de ser baseada no paternalismo e passou a ser firmada com base em um dos princípios bioéticos mais importantes da atualidade, a autonomia, que garante ao paciente o direito de decidir sobre seu tratamento.

Esse direito está amplamente reconhecido pelo ordenamento jurídico, contudo, para que o paciente possa autodeterminar-se, não basta garantir o direito de escolha, é necessário prover meios adequados para que a autonomia seja real, e não apenas retórica.

Nesse cenário, o direito à informação do paciente passa a ter ligação direta com a dignidade da pessoa humana, à medida que é requisito imprescindível para garantir a real autonomia do paciente.

2.3 Dever de informar como pilar do princípio da autonomia

O professor e juiz de direito André Gustavo Correa de Andrade, no artigo *O Princípio Fundamental da Dignidade Humana e sua Concretização Judicial*, afirma que “o exercício da liberdade em toda a sua plenitude pressupõe a existência de condições materiais mínimas, pois não é verdadeiramente livre aquele que não tem acesso à educação e à informação, à saúde, à alimentação ao trabalho e ao lazer”.

Na moderna relação médico-paciente, para que o paciente possa participar da tomada de decisões sobre sua saúde e, de fato, ter a liberdade de se autodeterminar, é necessário que a ele sejam repassadas todas as informações sobre o caso, pois somente assim poderá fazer escolhas esclarecidas.

Esse direito à informação é tutelado no artigo 5º, XIV, da Constituição Federal¹⁰, o qual estabelece que “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”. Tal direito fundamental irradia-se para todo o ordenamento jurídico, inclusive para o Código de Defesa do Consumidor (CDC), que se aplica e rege as relações entre médicos e seus pacientes.

O CDC, por sua vez, estipula no artigo 6º, III¹¹, que são direitos básicos do consumidor, leia-se paciente: “a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”.

Depreende-se da leitura do artigo citado que é obrigação do fornecedor (médico) oferecer informação clara e suficiente acerca do produto ou serviço, com todas as especificações necessárias para o pleno entendimento, a fim de evitar abusos e lesão ao consumidor (paciente).

Diante desse contexto normativo, pode-se afirmar que o médico é obrigado a informar adequadamente ao paciente sobre diagnóstico, prognósticos, riscos, custos e alternativas de tratamento, para que o paciente, de posse dessas informações, possa participar ativamente, de forma esclarecida, dos processos decisórios sobre a sua saúde.

Tal dever informacional justifica-se, ainda, em virtude da notória vulnerabilidade técnica do paciente acerca das informações inerentes a sua doença ou relativo ao plano de tratamento proposto pelo médico. Neste contexto, denota-se que é papel do médico exercer o dever de informar de forma apropriada e completa, demonstrando os benefícios, os riscos, bem como as alternativas de tratamento em uma linguagem acessível ao nível cultural e intelectual, para possibilitar ao paciente que faça uma escolha consciente.

O autor Dantas, em sua obra *Direito Médico*, ressalta a importância da informação nos seguintes termos:

(...) Ao paciente, é necessário estar de posse de todos os elementos possíveis a sua compreensão, para que – aí sim – possa exercer a faculdade de consentir com tratamento ou in-

10 BRASIL. **Constituição da República** (1988). Brasília: Casa Civil, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: fev. 2022.

11 BRASIL. **Lei nº 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Casa Civil, 1990.

tervenção proposta, escolher outra das alternativas existentes, ainda que menos indicada pelo profissional que o assiste, ou mesmo recusar-se a se tratar. (DANTAS, 2021, p.117).

Esse direito à informação do paciente também é tutelado pelo Código de Ética Médica, que taxativamente estipula:

É vedado ao médico:

Art. 12. Deixar de esclarecer o trabalhador sobre as condições de trabalho que ponham em risco sua saúde, devendo comunicar o fato aos empregadores responsáveis

(...)

Art. 13. Deixar de esclarecer o paciente sobre as determinantes sociais, ambientais ou profissionais de sua doença.

(...)

Art. 15 (...)

(...)

§ 3º Praticar procedimento de procriação medicamente assistida sem que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre o mesmo.

(...)

Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.

(...)

Art. 34. Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal.

(...)

Art. 42. Desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre método contraceptivo, devendo sempre esclarecê-lo sobre indicação, segurança, reversibilidade e risco de cada método.

(...)

Art. 44. Deixar de esclarecer o doador, o receptor ou seus representantes legais sobre os riscos decorrentes de exames, intervenções cirúrgicas e outros procedimentos nos casos de transplantes de órgãos.

(...)

Art. 101. Deixar de obter do paciente ou de seu representante legal o termo de consentimento livre e esclarecido para a realização de pesquisa envolvendo seres humanos, após as devidas explicações sobre a natureza e as consequências da pesquisa.

Parágrafo único. No caso de o sujeito de pesquisa ser menor de idade, além do consentimento de seu representante legal, é necessário seu assentimento livre e esclarecido na medida de sua compreensão.

(...)

Art. 110. Praticar a Medicina, no exercício da docência, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, sem zelar por sua dignidade e privacidade ou discriminando aqueles que negarem o consentimento solicitado.

Depreende-se da leitura dos dispositivos normativos citados que impera no ordenamento jurídico, especialmente na relação médico-paciente, o direito do paciente de ser devidamente esclarecido sobre as circunstâncias de sua saúde, cabendo ao médico o dever de cumprir com esse imperativo normativo, sob pena de ser responsabilizado nas esferas administrativa, civil e penal. Contudo, cabe ressaltar que existem exceções ao direito à informação.

2.4 Exceções ao dever de informar do médico

Apesar de a regra ser o dever de informação, existem algumas situações em que o médico poderá deixar de cumprir a obrigação de informar ao paciente sobre o seu estado de saúde.

A primeira exceção está prevista no artigo 22 do Código de Ética Médica, o qual estipula que o médico poderá deixar de obter o consentimento do paciente ou de seu representante legal nos casos de risco eminente de morte.

Nestas situações, em que não haja tempo necessário para prestar as informações ao paciente sobre o seu estado de saúde, não há que se falar em dever do médico em proceder a uma prévia informação, para que só assim pratique o ato terapêutico. Entretanto, destaca-se que, após estabilizado o caso, o profissional deve prestar as informações ao paciente.

Outra exceção à regra é quando o paciente, no uso de sua autonomia e ciente dos riscos, manifesta o interesse em não ser informado sobre o seu estado de saúde.

Neste caso, forçoso é o entendimento que o não informar um paciente, que assim manifeste sua vontade, é exatamente realizar o princípio da autonomia e da dignidade humana. Assim, a não informação atinge o escopo último da medida, realizando a autodeterminação, o respeito e a dignidade do paciente que não deseja ser esclarecido.

O Código de Ética Médica estipula, ainda, no artigo 34, que o médico poderá deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, “quando a comunicação direta possa lhe provocar danos, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal”.

Não obstante, por tudo o que foi até aqui exposto, entende-se, com a devida vênia, que o artigo 34 do Código de Ética Médica mostra-se em confronto com os princípios da dignidade humana e da autonomia do paciente, conforme passa-se a analisar.

2.5 Análise crítica do direito de não informar, previsto no artigo 34 do CEM, frente aos princípios do direito à informação, da autonomia e da dignidade humana

Como já mencionado, a obra Direito Médico (DANTAS, 2021) ratifica que os primeiros séculos da medicina foram marcados por posição de superioridade dos detentores dos aprendizados

médicos, decisões que eram acatadas quase sem questionamentos. Em virtude dessas características, a medicina era regida com base no paternalismo, princípio que legitimava a intervenção do médico com base exclusivamente nos seus critérios e conhecimento.

Na época citada, acreditava-se que, quanto menos o doente soubesse de sua condição, maiores seriam as suas chances de recuperação.

Contudo, apesar de o modelo paternalista do exercício da medicina ter sido superado pelo modelo baseado na autonomia do paciente, tem-se que ainda hoje existem algumas disposições que mantêm a ideia de que o médico tem o direito de decidir o que é melhor para o paciente. Fato exemplificado no artigo 34 do Código de Ética Médica, pois este estabelece que o médico poderá deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, quando a comunicação direta possa provocar-lhe danos, devendo, nesse caso, fazer a comunicação ao representante legal.

No livro *Comentários ao Código de Ética Médica*, os autores Eduardo Dantas e Marco Coltri (2020), ao analisarem o artigo 34 do CEM, ressaltam que atualmente há um consenso sobre o direito do paciente de receber informações sobre sua condição de saúde, possíveis tratamentos, as consequências e as alternativas possíveis, de modo a permitir-lhes participar da tomada de decisões.

Dantas e Coltri reconhecem o direito do paciente à informação, bem como a obrigação objetiva do médico de informá-lo de maneira clara, adequada, pertinente e compreensível, sendo, inclusive, proibido ao profissional omitir informações relevantes, distorcê-las ou manipulá-las, de modo a comprometer a capacidade decisória do paciente. Todavia, os autores também relatam que por vezes, em virtude de uma história clínica traumatizante ou um quadro psicológico delicado, o médico estaria autorizado a deixar de cumprir com o dever de informar diretamente ao paciente, pois, nesses casos, a informação poderia ser mais prejudicial ao tratamento do que a própria ignorância sobre a condição física e os prognósticos do seu caso.

Nessa mesma linha, é o entendimento do Dr. Edimilson de Almeida Barros Júnior, que em *Código de Ética Médica Comentado e Interpretado* (2019) defende que o direito do paciente de saber toda a verdade sobre a sua doença não é absoluto, cabendo ao médico – utilizando-se da sensibilidade – avaliar até que ponto existe condição do próprio paciente de receber a notícia sobre o seu estado de saúde. O professor justifica essa exceção do dever de informar também como forma de resguardar o paciente e evitar o agravamento do paciente.

Contudo, com a devida vênia, essa exceção ao dever de informar do médico, previsto no artigo 34 do CEM, não se encontra em consonância com o atual ordenamento jurídico e merece ser revisto pelo Conselho Federal de Medicina.

Apesar de entender o caráter protetor da norma, não parece certo permitir que o médico deixe de informar o paciente sobre a gravidade do estado de saúde, pois, por mais complicado, penoso e inevitável que seja o prognóstico, o paciente (na condição de ser humano) tem o direito de ter acesso a todas as informações sobre a sua saúde, para que, de posse delas, tome as medidas que entender convenientes.

Além disso, não se mostra adequada a redação do referido artigo, haja vista o alto grau de subjetivismo, o que cria sérios problemas para os médicos, pois terão que decidir se devem ou não comunicar ao paciente sobre o estado de saúde com base em uma premissa totalmente subjetiva.

Importante destacar que não é possível mensurar como será a reação do paciente diante de uma notícia negativa sobre sua saúde, pois cada ser humano é único, podendo reagir de maneira singular, não cabendo ao Estado delegar a um terceiro o poder de decidir quem tem o direito de saber sobre o seu real estado de saúde.

Esse alto grau de subjetivismo pode representar grande perigo para os médicos que decidem deixar de cumprir com o dever de informar os pacientes sobre o estado de saúde, pois, caso seja questionado no futuro, ele poderá ter problemas para justificar tal decisão, haja vista que é muito tênue a linha que separa o cuidado do profissional com o paciente da infração ética.

Ao delegar ao médico o poder de decidir o que é melhor para o paciente, o CEM coloca o profissional em uma posição arriscada, pois, por mais que o médico atue com diligência, responsabilidade, este poderá ser induzido a erro por familiares mal-intencionados, que vêm na falta de informação do paciente uma oportunidade para obter algum tipo de vantagem.

Outro ponto que deve ser levado em consideração é o fato de que todo paciente terminal sabe ou pelo menos desconfia da gravidade de seu caso, seja pelas constantes idas ao hospital, seja pela gravidade dos sintomas, seja pela reação dos familiares. Diante disso, o não falar sobre o seu caso não traz significativos alívios para os pacientes, que, por mais debilitados que se encontrem, têm o direito de saber a verdade para poder tomar todas as decisões de ordem material e sentimental, como perdoar um amigo, pedir perdão à esposa, reconhecer um filho ou até mesmo dar um último abraço nos netos.

O simples receio do médico de que o paciente possa não ter estrutura suficiente para receber informações de cunho negativo sobre a saúde ou que essas informações possam ocasionar desespero, depressão grave e até mesmo levá-lo ao suicídio não é, por si só, motivo capaz de retirar do paciente o direito fundamental de saber a verdade sobre a sua condição de saúde.

Outro ponto que merece ser mencionado é o fato de que, ao não relatar ao paciente sobre o seu real estado de saúde, o médico lhe retira a chance de elaborar seu testamento vital, o que irá garantir a efetivação da dignidade humana no fim da vida.

Esse paternalismo insculpido no artigo 34 do CEM não encontra mais amparo legal no direito contemporâneo, em que os princípios da dignidade humana e da autonomia dos pacientes estão sendo utilizados como fundamento para embasar o direito do ser humano, com doenças terminais ou não, de recusar a realização de tratamentos dolorosos e optar por abreviarem o sofrimento.

Cabe registrar, ainda, que em última análise os princípios da dignidade humana e da autonomia levam à conclusão de que o ser humano, em pleno gozo das faculdades mentais e ciente da condição de saúde, tem o direito de autodeterminar-se, não podendo, nesse caso, a decisão sobre a sua vida recair sob a responsabilidade de um terceiro, sob pena de estar mantendo o paciente antes mesmo da sua própria morte.

É preciso reconhecer que, em um Estado Democrático de Direito, como o Brasil, o qual tem como princípios fundamentais, insculpidos na Constituição Federal, a dignidade da pessoa humana (princípio este que garante ao indivíduo o direito de autonomia e liberdade para se autodeterminar de acordo com a sua personalidade), a limitação ao exercício de tais direitos só pode ocorrer quando o titular for incapaz de decidir de forma livre. Nesse cenário, é inegável que o artigo 34 do CEM está em descompasso com a Constituição Federal.

3 CONCLUSÃO

As pesquisas e análises realizadas para elaboração deste trabalho permitem afirmar que o Código de Ética Médica (CEM), ao estipular, em seu artigo 34, que o médico poderá deixar de informar ao paciente sobre a própria condição de saúde, quando a comunicação possa provocar-lhe danos, fere o direito à dignidade da pessoa humana. Esse Direito é previsto na Constituição Federal como sendo um dos princípios fundamentais da República.

Por consequência, em um segundo momento, o referido Código também retira do ser humano o direito fundamental de autodeterminar-se, de acordo com suas próprias convicções. Dessa forma, percebe-se, ainda, a necessidade do Conselho Federal de Medicina de refletir sobre a temática e retirar tal regra do Código de Ética Médica, haja vista o descompasso com o atual ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. **Código de ética médica: comentado e interpretado**. Editora Cia do eBook, Timburi, SÃO Paulo, 2019.

BARROSO, Luiz; VELHO MARTEL, Leticia. A Morte Como Ela É: Dignidade e Autonomia Individual no Final da Vida. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, vol. 38, n. 1, 2010.

BRASIL, **Código de Ética Médica**, Resolução nº 2.217/2018, Conselho Federal de Medicina, Brasília, 2018.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Casa Civil, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, Acesso em: jan. 2022.

BRASIL, **Lei nº 10.741**, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Casa Civil, 2003.

BRASIL, **Lei nº 8.080**, de 19 de setembro de 1990. Casa Civil, 1990.

BRASIL. **Código Civil**. 2002.

BRASIL. **Enunciado nº 532**, VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, 2013.

BRASIL. **Lei nº 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Casa Civil, 1990.

BRASIL. **Lei nº 9.434**, de 4 de fevereiro de 1997 (Lei de Transplante de Órgãos). Casa Civil, 1997.

CORRÊA DE ANDRADE, André Gustavo. **O Princípio Fundamental da Dignidade Humana e sua Concretização Judicial**. Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=5005d7e7-eb21-4fbb-bc4d-12affde2dbbe. Acesso em: fev. 2022.

DANTAS, Eduardo. **Direito médico**. 5. ed. Editora JusPODIVM, Rio de Janeiro, 2021.

DANTAS, Eduardo; COLTRI, Marcos. **Comentários ao Código de Ética Médica**. 3. ed. Editora JusPODIVM, p. 204, 2020.

MARTINS, Flávio. **Direitos sociais em tempos de crise econômica**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria nº 1.820**, de 13 de agosto de 2009. Dispõe sobre os direitos e deveres dos usuários da saúde. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2009/prt1820_13_08_2009.html. Acesso em: fev. 2022.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Resolução CNS nº 196/96**, de 10 de outubro de 1996, Conselho Nacional de Saúde. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/1996/res0196_10_10_1996.html. Acesso em: fev. 2022.

A imprevisibilidade da reação do organismo – Álea como forma de excludente de culpabilidade no homicídio culposo decorrente de ato médico

Mário Francisco Barbosa¹

RESUMO

O presente trabalho, ante a imprevisibilidade da reação do organismo – ÁLEA –, sustenta que esta é causa supralegal de excludente de culpabilidade do médico, quando observado o emprego rígido da técnica de acordo com a literatura médica, na ocasião em que é imputado ao profissional a prática do homicídio culposo decorrente de seu ato médico.

Palavras-chave: Direito Civil. Direito Penal. Excludente de Culpabilidade. Homicídio Culposo. Ato Médico. ÁLEA.

¹ Advogado, inscrito no quadro da Ordem dos Advogados do Brasil da Seção do Paraná sob n°. 49.884, iniciou suas atividades profissionais em 2008, dedicando-se a prestar um atendimento personalizado a seus clientes ciente da importância da causa de cada um, em especial, na área criminal, advogando em casos e operações de âmbito estadual, nacional e internacional. Com o advento da Lei n°. 13.247 de 12 de janeiro de 2016, em fevereiro do ano de 2016, criou a pessoa jurídica Mário Barbosa Sociedade Individual de Advocacia, inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil Seção do estado do Paraná sob n°. 000004653. Com o fortalecimento na atuação no direito internacional, se inscreveu no quadro da Ordem dos Advogados Portugueses – Conselho de Lisboa sob o n°. 60693L. Como professor, lecionou as matérias de Direito Digital e Direito Tributário em uma faculdade privada na cidade de Londrina. É ex-Conselheiro da Ordem dos Advogados do Brasil Subseção de Londrina no triênio 2016-2018, membro da União de Juristas Católicos, membro da Comissão Justiça e Paz, ambos da Arquidiocese de Londrina, membro do Observatório de Gestão Pública de Londrina, membro da Academia Latino-Americana de Ciências Humanas – ALACH, membro da Asociación Latinoamericana de Derecho Medico, Capítulo Brasil - ASOLADEME-BRASIL, Conselheiro Jurídico e Científico da Sociedade Brasileira de Direito Médico e Bioética – ANADEM.

ABSTRACT

The present work, in view of the unpredictability of the organism's reaction - ALEA, sustains that it is a supralegal cause of excluding the physician's culpability, when observing the correct use of the technique according to the medical literature, at the time when it is imposed to the professional the practice of manslaughter resulting from his medical act.

Keywords: Civil Righ. Criminal Law. Exclusion of Guilt. Manslaughter. Medical Act. ALEA.

1 INTRODUÇÃO

O difícil encontro conosco mesmos é quando nos propomos sair da zona de conforto e clinicar nas doenças (mazelas) da sociedade. Essa é missão dos advogados que são doutores da lei e verdadeiros médicos da sociedade.

Contanto, cumpre observar que vivemos o relativismo de preceitos e valores em detrimento ao ter, em vez do ser. Forçosamente, a madrasta economia vem sobrepondo a mãe filosofia (voltamos viver do pão e do circo). Não diferente, os preceitos jurídicos criminais estão sendo flexibilizados sem pudor algum.

Contextualizado o cenário na qual vivemos, tratará o presente trabalho de princípios norteadores do direito penal, que demonstram que o instituto deve ser aplicado em casos graves e relevantes, somente.

Após, será demonstrado a relação do Direito Cível e do Direito Penal, assim como o conceito da culpabilidade.

Através de um caso prático que alcançou repercussão em vários ramos do direito, demonstrar-se-á como é aplicado o nexo de causalidade, na esfera cível e criminal envolvendo o ato médico.

Feito isto, será sustentado que ante a imprevisibilidade da reação do organismo – ÁLEA de cada indivíduo, o instituto é uma excludente de culpabilidade no homicídio culposo, decorrente de ato médico, quando respeitada a literatura médica.

2 AS RELAÇÕES ENTRE O DIREITO CIVIL E O DIREITO PENAL

Atualmente, no Brasil, um único ato médico pode gerar reflexos jurídicos em diversas áreas do Direito, como processo ético disciplinar, processo civil, processo criminal e, caso o profissional seja funcionário público, ainda poderá sofrer um processo administrativo disciplinar. Todavia, a seguir será analisada, de forma breve, a relação entre o Direito Civil e o Direito Penal. Cumbe esclarecer que o Direito Civil² é um ramo do Direito Privado, e por sua vez o Direito Penal³ se inclui no Direito Público. Ou seja, o Direito Privado trata das relações interindividuais e dos interesses privados. No âmbito do Direito Público, alcança o caráter social e organizacional da sociedade como todo.

Todavia, existem pontos de contato, a saber:

2 Segundo René Ariel Dotti (2013, p. 196), o Direito Civil é, por essência e no sentido histórico da expressão (*ius civile*), o conjunto de preceitos coercitivos destinados a regular, sob o signo da justiça, as relações dos indivíduos entre si (VARELA, Antunes. “Direito Civil”, *Polis*, 2/391). É o ramo jurídico classificado na categoria de direito privado, consideradas as pessoas em suas múltiplas relações, pessoais ou patrimoniais entre si, ou mesmo com as entidades públicas, encaradas sob o aspecto meramente civil ou particular. No sentido objetivo, o Direito Civil é “o complexo de normas jurídicas relativas às pessoas, na sua constituição geral e comum, nas suas relações recíprocas de família e em face dos bens considerados em seu valor de uso” (BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 57).

3 De acordo com Daniel Raizman (2019, p. 39), o Direito Penal é um ramo do Direito Público. Por seus pressupostos, pode ser entendido como um apêndice do Direito Constitucional, pois fica vinculado aos direitos individuais como objeto de proteção, mas também, por outra parte, às disposições que regulam o poder de polícia ao momento de pautar a violência institucional.

Os Direitos Penal e Civil intrincam-se por diversas frentes, entre as quais a da licitude, a da responsabilidade do agente, bem como pela proteção a diversos valores, albergados tanto nas leis civis quanto nas criminais. No que se refere à licitude, dada a unidade do sistema jurídico, reconhecendo-se permitida determinada conduta à luz de disposição contida em norma civil, ainda que o ato possa corresponder a algum tipo penal, não haverá crime. Isto porque a existência de uma autorização, mesmo prevista fora do campo das normas penais, constituirá um comportamento produtor de riscos permitidos, ou seja, juridicamente aprovados e, portanto, sem qualquer conotação criminosa⁴.

No que tange às responsabilidades penal e civil, ainda que uma seja independente da outra, existem hipóteses em que a fixação na esfera criminal alcança a civil (art. 935 do CC). Quando em sentença criminal transitada em julgado reconhecer a materialidade e autoria, condenando o réu a reparar o dano causado (art. 91, inc. I, do CP), vinculará a sentença no âmbito cível por constituir título executivo judicial (art. 475 -N, inc. II, do CPC).

Apesar disso, a responsabilidade penal é individual e personalíssima (art. 5º, inc. XLV, da CF), diferentemente do Direito Civil, que admite a responsabilidade por ato de terceiro (art. 932 do CC).

Desta forma, feita a diferenciação de um instituto e outro, e a abrangência da responsabilidade de cada qual, apontando os pontos em que se relacionam, é possível avançar.

3 PRINCÍPIOS NORTEADORES

3.1 Princípio da intervenção mínima

Define René Ariel Dotti (2013, p. 118/119), o princípio da intervenção mínima como:

A defesa do princípio da intervenção mínima, que identifica o chamado Direito Penal mínimo, constitui uma das expressões mais vigorosas do movimento crítico que se propõe a discutir e avaliar a crise do sistema positivo, depurando-o da insegurança jurídica e da ineficácia a que conduz o fenômeno da hipercriminalização.

Hoje, mais do que ontem, em um passado não muito distante, notamos que toda e quaisquer mazelas dos súditos do Estado, o legislador⁵ vem se socorrendo às leis penais para impor o seu interesse ou de grupos de pressão, banalizando e enfraquecendo o poder coercitivo do Direito Penal.

Neste sentido, René Ariel Dotti (Ibid., p. 118/119), argumenta:

4 (FONTES DO DIREITO OFICIAL, 2017).

5 Dotti (2013, p.153) discorre que “Segundo clássica lição da doutrina, apoiada pela jurisprudência, o Estado somente deve recorrer à pena criminal quando não houver, no ordenamento positivo, meios adequados para prevenir e reprimir o ilícito. São muito apropriadas e atuais as palavras do eminente e pranteado Min. Néelson Hungria: “Somente quando a sanção civil se apresenta ineficaz para a reintegração da ordem jurídica é que surge a necessidade da enérgica sanção penal. O legislador não obedece a outra orientação. As sanções penais são o último recurso para conjurar a antinomia entre a vontade individual e a vontade normativa do Estado. Se um fato ilícito, hostil a um interesse individual ou coletivo, pode ser convenientemente reprimido com as sanções civis, não há motivo para a reação penal” (Comentários, vo. 7, p. 178).

Deve-se admitir, no entanto, que o problema não é novo e muito menos restrito a esse ou àquele país. Montesquieu já deplorava “esse número infinito de coisas que um legislador ordena ou proíbe, tornando os povos mais infelizes e nada mais razoáveis”. E muitos outros, antes ou depois dele, também lamentaram o fenômeno, a exemplo de Lao Tseu, Le Tao to King: “Quando mais interditantes, /mais a desordem alastra, /mais se desenvolve a inteligência fabriqueira, /mais estranhos produtos aparecem, /mais se multiplicam os regulamentos, /mais florescem os ladrões e os bandidos”.

Assim, podemos afirmar que o fundamento coerente do princípio em voga “é a existência de um direito penal mínimo, i. e, um conjunto de princípios e regras que reserve a pena criminal para as mais graves lesões aos bens jurídicos” (Ibid., p. 118/119).

3.2 Princípio da fragmentariedade

O princípio da fragmentariedade deriva do princípio da intervenção mínima e, como o próprio vocábulo remete, trata-se de fragmento, por ser tão somente parte de um todo.

Para Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 29), o princípio da fragmentariedade significa que:

[...] nem todas as lesões a bens jurídicos protegidos devem ser tuteladas e punidas pelo direito penal, pois este constitui apenas uma parte do ordenamento jurídico. Fragmento é apenas a parte de um todo, razão pela qual o direito penal deve ser visto, no campo dos atos ilícitos, como fragmentário, ou seja, deve ocupar-se das condutas mais graves, verdadeiramente lesivas à vida em sociedade, passíveis de causar distúrbios de monta à segurança pública e à liberdade individual. O mais deve ser resolvido pelos outros ramos do direito, através de indenizações civis ou punições administrativas. Não deixa de ser um corolário do princípio da intervenção mínima ou da subsidiariedade do direito penal. Pode-se, ainda, falar em fragmentariedade de 1.º grau e de 2.º grau. A primeira refere-se à forma consumada do delito, ou seja, quando o bem jurídico precisa ser protegido na sua integralidade. A segunda cinge-se à tentativa, pois se protege o risco de perda ou de lesão, bem como a lesão parcial do bem jurídico.

Nesse viés, o Direito Penal deve ser visto, no campo dos atos ilícitos, como fragmentário, pois o instituto tem que se valer somente de condutas graves malélicas aos indivíduos da sociedade. Em outras palavras, o Direito Penal é para ser aplicado, somente, em condutas avaliadas como mais graves.

3.3 Princípio da intervenção mínima – subsidiariedade

Por sua vez, o princípio da intervenção mínima (ou da subsidiariedade) caminha de braços dados com os princípios alhures citados, pois também defende a intervenção mínima do Estado em relação à aplicação da lei penal.

De acordo com Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 28), o princípio da intervenção mínima quer dizer:

[...] o direito penal não deve interferir em demasia na vida do indivíduo, retirando-lhe autonomia e liberdade. Afinal, a lei penal não deve ser vista como a primeira opção (*prima ratio*) do legislador para compor os conflitos existentes em sociedade e que, pelo atual estágio de desenvolvimento moral e ético da humanidade, sempre estarão presentes.

Logo, devemos deixar de aplicar o estado de polícia (força bruta) como primeira opção para a resolução dos conflitos humanos. Sem embargos, Eugenio Raul Zaffaroni (2009, p. 189/190) advoga:

El más elemental sentido común indica que no puede ser eficaz la limitación de los derechos de todos los ciudadanos para contener el poder punitivo que se ejerce sobre estos mismo ciudadanos. La admisión resignada de un trato penal diferencial para un grupo de autores o criminales graves no puede ser eficaz para contener el avance del actual autoritarismo cool em el mundo, entre otras razones porque no será posible reducir el trato diferencial a un grupo de personas, sino que se reducirán las garantías de todos los ciudadanos ante el poder punitivo, dado que no sabemos ab initio quiénes son esas personas. El poder selectivo está siempre em manos de agencias que lo emplean según intereses coyunturales y lo usan también para otros objetivos.

Doutrinariamente, é consolidado que “o direito penal é considerado a ultima ratio, isto é, a última cartada do sistema legislativo, quando se entende que outra solução não pode haver senão a criação de lei penal incriminadora, impondo sanção penal ao infrator” (NUCCI, 2014, p. 28). Todavia, infelizmente, na prática, o sentimento é outro, o Direito Penal se tornou a primeira opção em detrimento aos demais ramos do Direito, um verdadeiro garantidor do estado democrático de direito.

É aquela máxima verdadeira, o indivíduo só compreende o efeito do abuso do estado de direito, quando sofre, sente na própria pele o ato arbitrário (abuso de poder). Até lá, como se fazia desde Roma, se diverte com o combate (desgraça) do outro, mesmo, quando notória, a falta de paridade de armas entre aquele e o Estado.

3.4 Princípio da proporcionalidade

Paulo Nader (2016, p. 169) define o princípio da proporcionalidade como:

[...] critério de aplicação do Direito, não de interpretação. Esta visa a dizer o Direito vigente, ainda que o intérprete tenha harmonizado velhas fórmulas a um mundo novo. Na aplicação do princípio, o aplicador avalia os critérios adotados no esquema legal, a fim de apurar o nexo de razoabilidade entre os motivos, meios eleitos e fins colimados.

Portanto, atrelada com a popular teoria do justo-meio de Aristóteles, que analogicamente nos remete a proporcionalidade somente quando alcançado o equilíbrio entre o bem e o mal, entre o certo e o errado, o justo e o injusto, o meio entre eles seria a linha tênue da proporcionalidade.

O dito princípio apresenta três requisitos (NADER, 2016, p. 169):

o de adequação; b) o de necessidade ou exigibilidade; c) o da proporcionalidade. Pelo primeiro se apura o nexo de objetividade entre o benefício que se quer alcançar com a lei e as medidas adotadas. Depois, indaga-se da possibilidade de se alcançar o benefício pretendido mediante fórmula mais favorável aos destinatários, ou seja, que lhes imponha ônus menor. Finalmente, avalia-se a conveniência da medida, considerando-se de um lado o benefício a ser alcançado e, de outro, os encargos a serem impostos. A proporcionalidade diz respeito a intensidade da fórmula adotada. A medida às vezes parte de critério plausível, racional, justo, mas se desconfigura diante da intensidade com que é aplicada. Conforme ainda Bandeira de Mello, “os atos cujos conteúdos ultrapassem o necessário para alcançar o seu objetivo que justifica o uso da competência ficam maculados de ilegitimidade [...]”.

Ou seja, o operador afere os critérios adotados na norma legal, a fim de apurar o nexo de razoabilidade entre os motivos, meios eleitos e os fins pretendidos, aplicando proporcionalmente a intensidade (o justo-meio), a cada caso concreto, após a verificação da adequação, da necessidade ou exigibilidade e da proporcionalidade propriamente dita.

4 PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE CIVIL E CRIMINAL DO MÉDICO APLICADO EM CASO CONCRETO

4.1 Responsabilidade civil

Como afirmado inicialmente, um único ato médico pode gerar reflexos jurídicos em diversas áreas do Direito, como processo ético disciplinar, processo civil, processo criminal e, caso o profissional seja funcionário público, ainda poderá sofrer um processo administrativo disciplinar. Então, a escolha do caso prático para enfrentar o tema proposto baseou-se justamente em um único ato médico, o qual ocasionou quatro processos à médica (processo no Conselho Regional de Medicina, processo administrativo disciplinar, processo civil e processo criminal).

Porém, atentaremos ao estudo de caso do processo civil, que tratou de ação de reparação de danos materiais e morais, propostos por M. S. F. e M. J. S. em face do município de Tamarana e da médica C. V. A. A. C., com fundamento nos arts. 43⁶, 186⁷, 927⁸ e 951⁹, todos do Código Civil, c/c o § 6º do art. 37¹⁰ CF.

6 Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

7 Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

8 Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

9 Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

10 Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal

Em breve síntese, os autores do processo de reparação de danos, que tramitou sob o nº. 64097-97/2010, na 1ª Vara da Fazenda Pública do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Londrina, Estado do Paraná, relataram serem pais da criança E. G. F. S., que teria falecido em 24.06.2009, tendo como causa morte “reação anafilática”, após ser medicado com Dipirona pela médica C. V. A. A. C., que atendia no Hospital Municipal de Tamara. Sustentaram que a médica agiu negligentemente, visto que administrou a medicação em questão “sem se preocupar com o efeito colateral, ou mesmo realizar os exames necessários, mesmo tendo tempo para tomar todas as providências”. Após, invocaram a responsabilidade dos réus pelo erro médico, pedindo condenação desses a pagarem pensão alimentícia e a compensar os danos morais.

A médica C. V. A. A. C., após ser citada, contestou a demanda afirmando ser inaplicável o Código de Defesa do Consumidor ao caso dos autos em questão. Asseverou que a responsabilidade civil do médico depende de comprovação de sua atuação culposa, mesmo porque se trata de contrato de meio (e não de resultado). Relatou que, diante do quadro clínico apresentado pelo paciente, a administração da Dipirona era a medida mais recomendada, não sendo possível prever a reação anafilática que o levou a óbito. Avocou ainda em seu favor o caso fortuito, a culpa exclusiva da vítima e o fato de terceiro como excludentes do nexos causal, impugnando os pedidos de indenização por danos materiais e morais, e conseqüente improcedência da demanda.

Após, o município de Tamarana também contestou, contudo como o foco é a responsabilidade civil da médica, desprezar-se-ão as teses sustentadas pelo ente público.

Pois bem.

Com réplica, o processo foi saneado, vindo o Juízo considerar as partes legítimas e bem representadas, invertendo o ônus da prova, e deferiu os pedidos de produção das provas periciais e oral.

Juntado o laudo do perito, que foi complementado, facultou-se em detrimento ao devido processo legal a manifestação das partes, sendo os autos conclusos para sentença, em que de plano revogou a decisão que deferiu o pedido de produção de prova oral, por considerar o Juízo que “o laudo elucidou com precisão e completude todas as questões de fato, cujo exame se mostra necessário para o julgamento da causa”, vindo a julgar os pedidos formulados pelos autores na peça vestibular improcedentes, por compreender que:

O perito judicial, de forma muito clara, afirmou que a conduta da médica requerida – a saber, administrar dipirona ao paciente E. G. F. S., considerando o seu quadro clínico –, foi adequada e seguiu o padrão recomendado pela literatura especializada (fls. 282, quesito 2.a; quesitos 3.a, 3.b e 3.c – fls. 282-283).

Mais adiante, indago se o tempo em que o paciente permaneceu em observação no hospital após a ré ministrar-lhe a Dipirona (10h54 às 11h40) seria suficiente para a detecção do início de possível quadro anafilático, o perito respondeu afirmativamente (fls. 284, quesito 5.g). Diante disso, o expert foi categórico ao afirmar que a médica ré não agiu com culpa (fls. 285,

e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

item 8, letra “b”), “*mostrando-se diligente no atendimento, usando os recursos existentes no Hospital Municipal de Tamara*” (fls. 286, item 12).

Além disso, ao responder aos quesitos suplementares, o perito observou que a “*profissional esclareceu riscos sobre a evolução do quadro e informou os pais sobre o procedimento a ser adotado*”, para ao final concluir: “*A) O risco de anafilaxia induzido por Dipirona é baixo*” (fls. 327-328).

Ora, diante desse contexto, não há como se imputar ao Município de Tamarana e à médica ré qualquer ato de imperícia, negligência ou imprudência. Insista-se: a imprevisível reação anafilática que levou o paciente a óbito não poderia ter sido evitada pela profissional que o atendeu, a qual adotou todos os procedimentos preconizados pela literatura médica especializada.

De fato, considerado o estágio atual da ciência médica, vê-se que as técnicas de diagnóstico lamentavelmente ainda não evoluíram ao ponto de afastar por completo o risco de intercorrência como a relatada nos autos. É por isso que diviso presente, aqui, o que a doutrina denomina de erro profissional que não se confunde com a imperícia. Veja-se o magistério de Flávio Augusto Monteiro de Barros: “Já o erro profissional é o que decorre da falibilidade das regras da ciência. Difere da imperícia. No erro profissional, o agente observa as regras do ofício, no entanto, por estarem em constante evolução, mostram-se imperfeitas em determinado caso concreto (ex: o anestesista ministra corretamente o medicamento na paciente, observando com rigor as regras da medicina, mas mesmo assim a morte sobrevém). **O erro profissional exclui a culpa, pois a falha já não é** do agente inobserva as regras recomendadas pela profissão, arte ou ofício. A imperícia constitui uma das modalidades de culpa, visto que a falha não deriva da ciência, mas do próprio agente” (Direito Penal – parte geral, Saraiva, 1999, p. 178 – grifei).

4. Por fim, sem qualquer consistência o pedido de realização de nova perícia (fls. 328-329). O laudo pericial e seu complemento se mostram perfeitamente coerentes, fornecendo informações claras, completas e seguras sobre os pontos controvertidos. O só fato de suas conclusões se mostrarem aos autores não autoriza a repetição da perícia, sobretudo porquanto esses não impugnaram a tempo o modo a qualificação do perito nem indicaram assistente técnico. Como decidiu o STJ, “*Sem que a parte interessada tenha impugnado oportunamente a qualificação do perito ou nomeando assistente técnico, não pode impor ao juiz a realização de nova perícia, apenas porque a primeira lhe foi desfavorável*” (REsp. n. 217-847, Terceira Turma, rel. Min. Castro Filho, julg. 4.5.2004, DJ de 17.5.2004).

Em conclusão, é de se declarar improcedente a pretensão indenizatória.

5. Do exposto, JULGO IMPROCEDENTE os pedidos formulados na petição inicial, resolvendo o processo com exame de mérito (CPC, art. 269, I).

Desse contexto, não teve como imputar à médica ré qualquer ato de imperícia, negligência ou imprudência, ante a imprevisível reação anafilática que levou o paciente a óbito, pois não poderia ter sido evitada pela profissional que o atendeu, a qual adotou todos os procedimentos preconizados pela literatura médica especializada (imprevisibilidade da reação do organismo – ÁLEA). É como lavrou o julgador do caso: “De fato, considerado o estágio atual da ciência médica, vê-se que as técnicas de diagnóstico lamentavelmente ainda não evoluíram ao ponto de afastar por completo o risco de intercorrência como a relatada nos autos”.

Todas as regras da medicina foram observadas rigorosamente, mas, mesmo assim, forçosamente, a morte sobreveio.

Não obstante, insatisfeito com o resultado da demanda, a parte autora interpôs recurso de apelação ao Tribunal de Justiça paranaense, requerendo a declaração de nulidade da sentença pelo cerceamento de defesa, pois o magistrado a quo deferiu a produção de prova oral e determinou a inversão do ônus da prova, mas, logo após a realização da perícia, decidiu por julgar a lide, revogando a produção de prova oral e não considerando a negligência da médica; que o perito utilizou apenas a palavra da segunda apelada para fazer o laudo (exame indireto), não tendo tido acesso direto ao corpo da vítima, razão pela qual se faria necessária a inquirição da apelada e das testemunhas arroladas, devendo, ainda, ser reconhecida a negligência da médica, que tramitou sob o nº. 1.158.271-9, cuja relatoria recaiu na pessoa do eminente juiz relator Péricles Bellusci de Batista Pereira, da 3ª Câmara Civil, do Tribunal de Justiça do Paraná, ao votar o apelo, restou decidido:

APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE. RAZÕES DE RECURSO CONTRA OS FUNDAMENTOS ADOTADOS EM SENTENÇA. LEGITIMIDADE DE PARTE VERIFICADA. O DISPOSTO NO ART. 37, § 6º, DA CF, NÃO VEDA O LITISCONSÓRCIO PASSIVO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. CABE AO JUIZ DETERMINAR AS PROVAS NECESSÁRIAS. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE O ATO DE AGENTE ESTATAL E O DANO. ATUAÇÃO, POR AGENTE PÚBLICA, DE FORMA COERENTE E FUNDAMENTADA EM PRÁTICA PADRONIZADA PELA LITERATURA ESPECIALIZADA. Só há violação ao princípio da dialeticidade quando as razões de recurso não combatem os termos da decisão recorrida, aduzindo alegações genéricas. A segunda apelada, na qualidade de médica, é parte legítima para figurar no polo passivo, pois o art. 37, § 6º, da CF, não veda o litisconsórcio passivo facultativo. Inexiste cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide quando o magistrado entender que não há necessidade da produção de prova em audiência. O objeto da prova é o fato relevante para a solução da divergência. Sendo o juiz o destinatário da prova, somente a ele cabe dirimir sobre a necessidade de sua realização. O laudo pericial concluiu que o procedimento médico adotado estava correto, fundamentado em prática padronizada pela literatura especializada e de acordo com a estrutura do hospital, o que configura a ausência de nexo causal entre o dano e o ato praticado por agente público. Apelação não provida (por maioria).

Os apelantes defenderam em suas razões recursais que deveria ser reconhecida a culpa da médica, por ter atuado ela, segundo os recorrentes, com negligência, causando o óbito do menor E., e que o justo era haver a condenação da médica e do Hospital de Tamarana em danos morais e materiais.

No entanto, ao compulsar o laudo do exame de necropsia nº 2316/2009 – CBP (fls. 43), afere que foi positivo para a presença de dipirona, com teor de 14,6 ug/ml (laudo nº 7266/09), e diagnosticou que a causa do óbito foi reação anafilática grave à dipirona. Porém, por meio da produção de prova pericial (fls. 278), constatou-se que a profissional da medicina procedeu de forma coerente e fundamentada em prática padronizada pela literatura especializada, nos dois atendimentos prestados ao paciente (item 2.a – fls. 282).

O perito judicial chegou a esclarecer que a aplicação de dipirona poderia ter sido precedida de testes, os quais devem ser aplicados por médico especialista (alergologista), que deve analisar cada caso, para definir a melhor forma de testagem (itens 5.1, 5.n e 5.o – fls. 283).

Disto, verificou o julgador que não cabia à médica que atendeu o menor (conforme os seus títulos de especialização – fls. 130/132), no Pronto-Socorro, ter procedido aos testes, até mesmo porque são raros os casos de alergia ao medicamento.

Por não haver a possibilidade de fazer esse teste no momento, foi reconhecido que a médica agiu corretamente ao deixar o paciente em observação no hospital, pelo prazo de 46 minutos, conforme fez prova o documento de fls. 52 (das 10h54, quando foi injetado o medicamento, até as 11h40 horas da manhã - fls. 267 e fls. 284 quesito 5.s).

Esse período foi considerado pelo tribunal suficiente para que tivesse início o quadro anafilático desencadeado pela Dipirona, razão pela qual o procedimento da médica foi considerado adequado.

Ainda, segundo o mesmo laudo, quando o menor retornou, às 20h00, já em estado grave (pelo tempo decorrido entre a percepção do agravamento do quadro do menor, às 16h30, e a sua chegada ao hospital), o procedimento adotado pela profissional foi avaliado como adequado (tentativa de restabelecimento da estabilidade hemodinâmica), estando dentro das possibilidades do serviço e da estrutura hospitalar, segundo o eminente relator.

O perito judicial concluiu que a demora no deslocamento foi responsável pela evolução no quadro do menor e, em quesitos complementares (fls. 318, 321 e 326), que a médica, mesmo sabendo da distância da residência do menor do hospital, poderia tê-lo liberado com o histórico febril apresentado, vez que houve o esclarecimento dos pais sobre os riscos da evolução do quadro e sobre os procedimentos a serem adotados (o que se coaduna com o relatado pelos próprios apelantes às 217).

Ressaltou-se, ainda, o nobre magistrado, que não foi possível estabelecer inequivocamente uma relação direta de causa e efeito entre a reação anafilática e a medicação realizada no hospital naquele mesmo dia (conforme os itens 7.d, 7.e e 7.h - fls. 284) - o que rebateu, inclusive, a insurgência da Procuradoria Geral de Justiça, quanto à aplicação de 0,3ml de Dipirona ao menor.

Assim, não havendo provas de que houve onexo causal entre o dano (óbito do menor) e a prestação do atendimento médico, inexistiu dever de indenizar, não dando o relator provimento ao recurso, mantendo-se o entendimento de que não há provas de que houve onexo causal entre o dano (óbito do menor) e a prestação do atendimento médico.

4.2 Responsabilidade criminal

Na esfera da responsabilidade criminal (autos crime nº. 0058393-35.2012.8.16.0014, que tramitou na 2ª Vara Criminal de Londrina, Foro Central de Londrina, da Região Metropolitana de Londrina), o titular da ação penal (Ministério Público) defendeu que a médica C. V. A. A. C. agiu com incurso nas disposições do art. 121, §§ 3º e 4º, combinado com o art. 13, § 2º, “a”, ambos do Código Penal (homicídio culposo), valorando o ato médico em sua denúncia da seguinte forma:

No dia 24 de junho de 2009, no Hospital Municipal de Tamara (Hospital São Francisco), nessa Comarca, veio a óbito a vítima E. G. F. S., de 05 meses, em decorrência de choque anafilático após utilização de dipirona pela via intramuscular (cf. Laudo do Exame de Necropsia nº 2316 incluso).

Segundo se apurou, no dia 24.06.2009, por volta das 10h30min, o menor E. G. F. S. foi levado, por seus pais, ao Hospital Municipal São Francisco de Tamarana, em razão de apresentar sintomas de tosse e febre surgidas naquele mesmo dia, ocasião em que foi atendido pela médica denunciada C. V. A. A. C., a qual, após a realização de exame clínico e radiografia dos pulmões, estabeleceu diagnóstico de resfriado comum (IVAS – infecção de vias aéreas superiores), registou que não havia encontrado alterações na garganta, nos pulmões e nem sinais de meníngeos, bem como medicou a vítima com 0,3ml de dipirona por injeção intramuscular, tendo liberado a vítima, logo em seguida.

No mesmo dia 24.06.2009, a vítima E. G. F. S. voltou a passar mal, com piora dos sintomas, razão pela qual foi levada novamente ao Hospital Municipal São Francisco de Tamarana, sendo atendido, por volta das 20h15min, pela médica C.

V. A. A. C., a qual registou que a criança estava com piora do quadro clínico, com vômitos e manchas arroxeadas disseminadas no corpo, principalmente no pescoço e região perioral, sendo que foi medicado com Decadron 0,3ml e Adrenalina 0,1ml e, logo após, veio a óbito, por volta das 20h30min.

Os inclusos prontuários médicos foram analisados pela Dra. S. K. M. P., médica do Ministério Público, que elaborou o incluso **PARECER MÉDICO**, no qual se destacam os seguintes trechos:

(...) CONSIDERAÇÕES:

De acordo com o laudo do Instituto Médico Legal de Londrina, o menor E. G. F. S., de 5 meses de idade, apresentou como causa de seu óbito um choque anafilático pós utilização de dipirona pela via intramuscular.

O choque anafilático resultante do uso de medicamentos é descrito na literatura como sendo imprevisível, sendo a anafilaxia a forma mais grave de manifestação alérgica e constitui verdadeira emergência médica. (...) Esta reação pode ter agentes causais diversos, e entre eles: venenos de insetos (formiga, abelha), alimentos (frutos do mar, amendoim, ovo), medicamentos (antibióticos do grupo beta-lactâmico, anti-inflamatórios, analgésicos, anestésicos, contraste radiológico), porém o diagnóstico da síndrome da anafilaxia é primordialmente clínico.

Como medida farmacológica, a adrenalina desempenha o principal papel na abordagem do paciente com anafilaxia.

(...) Assim, age com excelência na redução das chances de colapso cardiovascular e de obstrução das vias aéreas, duas principais causas de óbito durante um evento anafilático.

Não utilizar a adrenalina ou retardar o seu uso pode acarretar prejuízos ao paciente, principalmente porque o curso da anafilaxia é imprevisível, e não há contraindicação ao seu uso durante o manejo do paciente em uma reação anafilática, mesmo com coronariopatia prévia.

No atendimento a crianças na parada cardiorrespiratória, algumas particularidades devem ser consideradas, como o fato de a parada cardíaca súbita em crianças ser um evento pouco comum. (...) **A falência cardiopulmonar se caracteriza por oxigenação, ventilação e perfusão tecidual inadequadas, e clinicamente o paciente se apresenta cianótico, com respiração agônica**(...).

Continua a médica do Ministério Público: (...)

A meta das intervenções terapêuticas é o retorno da circulação espontânea, definido como a restauração de ritmo cardíaco espontânea (ao monitor é o aparecimento de atividade elétrica organizada) com perfusão (pulsos centrais palpáveis e pressão arterial mensurável).

(...)

As manobras de abertura de vias aéreas e ventilação, principalmente na parada cardíaca em crianças, cuja principal causa é a hipóxia, são extremamente importantes e não podem ser retardadas (...).

O acesso venoso deve ser estabelecido assim que se detectar uma situação de emergência. A prioridade para o estabelecimento do acesso vascular deve ser na seguinte sequência: intra-venoso, intraósseo e endotraqueal.

[...]

Conclui a referida médica o seu Parecer, nos seguintes termos:

“Pode-se concluir, com os dados documentais e literatura médica, que a conduta realizada no atendimento emergencial ao menor E. G. F. S., de 5 meses, no Pronto Socorro do Hospital de Tamarana, **não respeitou o que preconiza a boa prática médica, conforme orientações técnicas de conduta e diagnóstico ao paciente.**

Ademais, consta do incluso **Laudo do Exame de Necropsia** que **o reconhecimento do paciente com anafilaxia deve ser o mais rápido possível, e o tratamento deve ser iniciado imediatamente para diminuir o risco de reações fatais.** A presença de estridor, edema da glote, dispneia intensa, sibilos, hipotensão, arritmia cardíaca, choque, convulsões e perda da consciência **são sinais de alarme para anafilaxia com risco de vida iminente.**

Ademais, afirma o médico legista que **“no presente caso se vê que uma parte destes sintomas estava presente quando do retorno da vítima ao hospital. O comprometimento do estado geral, as alterações pulmonares surgidas poucas horas depois de medicada com dipirona e as manchas na pele (exantema) são sintomas e sinais que não estavam presentes na primeira consulta e foram observados depois na consulta de retorno, sendo forte indicativo da anafilaxia grave, induzida pelo medicamento dipirona”.**

Portanto, pelo que se depreende das provas mencionadas, verifica-se que a denunciada C. V. A. A. C. **não adotou, no Hospital Municipal São Francisco de Tamarana, na ocasião, os procedimentos médicos preconizados pela literatura médica, deixando de realizar as intervenções terapêuticas necessárias, a fim de evitar as complicações do choque anafilático, decorrente da aplicação de dipirona pela via intramuscular na vítima.**

Deixou a denunciada, assim, **de seguir as orientações já consagradas para a condução de um caso envolvendo o choque anafilático. Devia, a denunciada, ter iniciado a RCP, já que as manobras de abertura de vias aéreas e ventilação na parada cardíaca em crianças são extremamente importantes e não podem ser retardadas, devendo-se combinar a massagem cardíaca e a ventilação com a medicação.**

No presente caso, não se constataram outras alternativas para administração da adrenalina, tendo a denunciada APENAS administrado uma única dose de adrenalina pela via subcutânea, após o insucesso da via endovenosa periférica,

QUANDO OUTRA VIA DE ADMINISTRAÇÃO ERA NECESSÁRIA, CONFORME PROTOCOLO DE ATENDIMENTO NA EMERGÊNCIA.

A denunciada, pois, enquanto profissional da medicina, garantidora dos pacientes sob seus cuidados, conduziu-se na ocasião de forma não diligente, infringindo, assim, um dever obje-

tivo de cuidado, agindo com culpa, nas modalidades de **NEGLIGÊNCIA E IMPERÍCIA**, dando causa à morte da vítima **E. G. F. S.**, em decorrência de não observância ao protocolo de atendimento à PCR na criança sob seus cuidados, na medida que, como demonstrado, inobservou os deveres exigidos pelas circunstâncias; demonstrando **inação, indolência, inércia, passividade, despreparo prático e falta de conhecimento necessário exigido para a profissão, ou seja, de normas técnicas básicas dessa profissão.**

A denúncia foi recebida pelo juízo, oportunidade em que determinou a citação da médica para responder a ação criminal, que citada, apresentou a resposta à acusação sustentando: I - Da inépcia formal da exordial acusatória. Ausência de descrição de fatos criminosos. Ausência de descrição de imprudência, negligência ou imperícia do profissional médico. Prejuízo à defesa; II - Da inépcia material da denúncia. Falta de lastro probatório mínimo; III - Da ausência de demonstração de culpa nas modalidades de negligência e imperícia – Ausência de justa causa – Trancamento da ação penal; IV - Da nulidade processual. Violação do dever de motivação. Precedentes do Supremo Tribunal Federal; V – Pedido de absolvição sumária; e, por fim, VI – Requeridas diligências em caráter de imprescindibilidade e arrolado testemunhas. Após análise, o juízo a quo forçosamente rejeitou as teses defensivas, determinando o prosseguimento do processo criminal, marcando a audiência de instrução e julgamento, sendo, na oportunidade, inquiridos os pais da suposta vítima, as testemunhas de acusação, as testemunhas de defesa, realizado o interrogatório, abrindo o prazo para as respectivas alegações finais pelas partes, que apresentadas, os autos foram remetidos para sentença.

No que tange à instrução criminal, foi demonstrado que a ação penal nasceu fadada à morte. O processo foi sustentado, apenas em um parecer médico, produzido unilateralmente pelo médico perito do Ministério Público, que contrariou com força (exacerbando seu mister, enquanto perito médico) o que fora decidido pelo Conselho Regional de Medicina, pela Corregedoria do Município de Londrina e pelo Juízo Cível.

Todavia, após o magistrado realizar o cortejo do conjunto probatório, compreendeu que não teve como imputar o resultado morte a uma omissão da médica, enquanto estava em posição de garante da vítima E. G.

Inicialmente, ressaltou que o resultado observado foi uma fatalidade, porém, acertadamente, focou em apurar se cabia responsabilização penal à médica C. V. A. A. C., em razão de sua conduta no atendimento à vítima, e não encontrar, a qualquer custo, um responsável pelo resultado (morte) observado.

No entendimento do juiz, a ré agiu diligentemente em seu ofício, não podendo ser responsabilizada pelo resultado (morte) verificado, na medida em que outros fatores que lhe escaparam à apreensão e deliberação ocasionaram ou auxiliaram a ocasionar a morte do filho de M. S. F.

Considerou, em relação ao primeiro atendimento, que a médica agiu de forma diligente, pois a criança foi submetida à triagem, à consulta pela médica e ao exame físico. Foi também pedido exame de raio-x de tórax e, enquanto se esperava o resultado, que, conforme testemunhas, demorou a sair, foi aplicado o medicamento dipirona.

Enfatizou, inclusive, que, ao tempo da consulta de retorno pela manhã, a médica constatou que a criança não estava mais febril e que o raio-x não demonstrava secreção no peito. Com isso, diagnosticou o caso como um resfriado comum, passou receita de remédio à mãe e orientou-a a retornar em caso de piora.

Ponderou, levando em consideração os argumentos da mãe da vítima e as testemunhas, que não havia sinais de piora, tudo estava em ordem com a criança. Nesse sentido, julgou que não é cabível se exigir da médica que antecipasse as condições da família da vítima, impedindo-a de retornar à sua casa, argumentando: “A representação de uma piora tão drástica na criança escapava ao entendimento da médica e até mesmo à genitora da vítima”.

Frisa-se que, no caso concreto, os especialistas indicaram que a reação alérgica a medicamentos costuma se dar de forma instantânea, o que não ocorreu no presente caso, ficando demonstrado que a criança ficou no hospital por tempo suficiente, para que se notasse estado afebril a indicar que o remédio estaria surtindo os efeitos dele esperados.

Com a piora da criança, ao final da tarde daquele fúnebre dia, os pais da vítima E. se esforçaram em chegar brevemente ao hospital, porém, enfrentaram inúmeras dificuldades, como residir em zona rural e longe da área urbana, chuva, problemas mecânicos em carro, entre outros (a desgraça anunciada). Essas condições consistiram num infortúnio lamentável, não podem ser condicionadas à atuação da acusada na condição de médica, e, sem sombra de dúvida, contribuíram para a morte de E. e, como contingência, limitaram a atuação da médica, a fim de agir para salvar a vida do bebê (nenhuma das partes envolvidas tinha conhecimento de eventual alergia da criança a alguma medicação).

Compulsando detidamente os autos em fomento, com a chegada da criança ao hospital, verifica claramente que todas as diligências possíveis foram tomadas pela médica e sua equipe. Heroicamente, tentou o acesso venoso na criança repetidamente, de forma que, não obtendo a equipe sucesso, decidiu a médica pela aplicação subcutânea e intramuscular.

Nesse tempo, a criança foi entubada e apresentou muita secreção, que precisou ser drenada. Após parada cardiorrespiratória, a médica iniciou as manobras para reanimar a criança, todavia, infelizmente, sem sucesso.

Pelos relatos contidos no processo, a situação da vítima era de tal intensidade que pouco poderia ser feito. O quadro do paciente evoluiu de uma maneira que não houve tempo para outras aplicações de Adrenalina, como frisado pela técnica do Ministério Público, mesmo porque a todo o momento foi buscado o acesso venoso, segundo declaração da própria médica.

Fato é que na existência ou não de instrumento para punção intraóssea naquele hospital, há de se considerar que tal elemento não pode justificar, considerar a conduta da médica, culposa.

Logo, o julgador reconheceu que a médica fez tudo que estava ao seu alcance para salvar a vida da criança, de maneira que o juiz sentenciante não constatou o nexo causal, advindo a improcedência da denúncia, culminando na absolvição da médica C. V. A. A. C. das disposições do artigo 121, §§ 3º e 4º, c/c o artigo 13, § 2º, alínea “a”, ambos do Código Penal, com fundamento no artigo 386, inciso VI, parte final, e VII, do Código de Processo Penal.

Não satisfeito com a entrega da prestação jurisdicional, o Ministério Público do Estado do Paraná recorreu da sentença absolutória, sendo suas razões repelidas pelos Desembargadores da 1ª Câmara Criminal, do Tribunal de Justiça Paranaense, que, ao julgarem o recurso de apelação nº. 1.604.735-7, o relator, Desembargador Antonio Loyola Vieira, registrou em seu voto que, em que pesem os argumentos sustentados nas razões recursais, bem como a compreensível irresignação dos recorrentes, a sentença absolutória deve ser mantida.

Conforme bem assinalado pelo Juiz sentenciante, o resultado observado é uma fatalidade que entristece este Juízo e consiste num sofrimento sem dimensão aos familiares envolvidos, sentimento ao qual se presta agora respeito. Todavia, o objeto desta relação processual é apurar se cabe responsabilização penal à acusada C. V. A. A. C., em razão de sua conduta no atendimento à vítima, e não encontrar a qualquer custo responsável pelo triste resultado observado. Pois bem. Com base nos elementos fornecidos nos autos, discorda-se aqui a respeito de aventada negligência por parte da Acusada.

Logo, mesmo o Ministério Público requerendo a todo custo a condenação da médica, o Tribunal de Justiça considerou totalmente inviável a condenação dela, por conta de que não restou demonstrado o nexos causal entre sua conduta e a morte da suposta vítima, mantendo-se a sentença londrinense, deixando claro que o Direito Penal não é para “encontrar a qualquer custo”, responsável pelo triste resultado (morte).

5 A CULPABILIDADE

Indubitavelmente, é possível perceber que, no estudo desse caso, seja na esfera cível ou criminal, a culpabilidade está ligada ao nexos causal entre a conduta e o resultado. Entretanto, oportuno conceituarmos a culpabilidade formal e material.

Para René Ariel Dotti (Ibid., p. 445), a culpabilidade formal consiste:

Na reprovabilidade pela formação da vontade (Jes-CHEK, Tratado, vol. I, p. 559). Para Cerezo Mir, “la culpabilidade é culpabilidade de la colundad. Se le reprocha al sujeto que haya adoptado la resolución de voluntad de llevar a cabo la acción (u omisión) típica y antijurídica, em lugar de haber adoptado uma resolución de voluntad diferente, de acuerdo com las exigências del ordenamento jurídico” (Derecho Penal, p. 883). “Enquanto a ilicitude é um juízo de desvalor sobre um fato típico, a culpabilidade é um juízo de censura ou de reprovação pessoal endereçado ao agente por não ter agido conforme a norma, quando podia fazê-lo (poder do agente/resolução de vontade)” (Prado, Cruso, p. 464).

Em outras palavras, pode-se também dizer que a culpabilidade é a reprovabilidade de um fato típico e ilícito, quando o seu autor, na situação concreta, podia sujeitar-se aos comandos e às proibições do Direito (Cury, Derecho Penal, II, p. 7). Isso significa que o agente é censurado pela adoção de uma conduta contrária ao Direito, quando podia e devia agir de modo diverso.

Todavia, para Dotti (Ibid., p. 445/446), o conceito material de culpabilidade:

Deve ser coerente com o conceito de ser humano que inspira o texto constitucional. A Carta brasileira se funda em uma concepção do homem como pessoa, como ser responsável, capaz de autodeterminação segundo critérios normativos. (...) Trata-se de alicerçar, em termos substanciais, a culpabilidade no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, considerando-a como ser livre e responsável, valores iminentes à sociedade democrática” (Curso, vol. 1, p. 477).

Uma vez conceituada a culpabilidade nas modalidades descritas, existe a exclusão de ilicitude (da culpabilidade), quais sejam: legítima defesa; exercício de um direito; cumprimento de um dever imposto por lei ou por ordem legítima da autoridade; o consentimento do titular do interesse jurídico lesado.

Todavia, o que interessa para o presente trabalho é justamente as causas supralegais de justificação (não descritas em lei), como veremos a seguir.

6 A IMPREVISIBILIDADE DA REAÇÃO DO ORGANISMO – ÁLEA COMO CAUSA SUPRALEGAL DE JUSTIFICAÇÃO – EXCLUSÃO DE ILICITUDE

Bem, após percorrermos alguns princípios, conceitos, casos práticos para podermos discutir a excludente de nexos causalidade ÁLEA como forma supralegal de justificação para a exclusão de ilicitude descrita no artigo art. 121, §§ 3º e 4º, combinado com o art. 13, § 2º, “a”, ambos do Código Penal (homicídio culposo), por ato médico, podemos enfrentar o tema com propriedade.

Dispõe os artigos:

Homicídio simples

Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

Homicídio culposo

§ 3º Se o homicídio é culposo: Pena - detenção, de um a três anos.

Aumento de pena

§ 4º No homicídio culposo, a pena é aumentada de 1/3 (um terço), se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as consequências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante. Sendo doloso o homicídio, a pena é aumentada de 1/3 (um terço) se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (quatorze) ou maior de 60 (sessenta) anos.

Relação de causalidade

Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

Relevância da omissão

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;

Portanto, havendo a demonstração do nexo de causalidade com a conduta (ato médico realizado) e o resultado (morte), o médico poderá responder por homicídio culposo. Até aí, não inovamos e não constatamos divergência na doutrina e na jurisprudência.

No entanto, a teoria da imprevisão da resposta biológica, ante a característica biológica de cada pessoa, tendo por base seu metabolismo, a meu ver, trata de uma legítima causa supralegal de excludente de ilicitude (do crime de homicídio culposo), haja vista que, atualmente, é impossível prever quais serão as consequências de um tratamento.

Veja, como apontado pelo professor Ivo Antonio Vieira, ao proferir aula na pós-graduação da Universidade Corporativa da Sociedade Brasileira de Direito Médico e Biótico, no segundo semestre do ano de 2021, o mesmo medicamento pode curar, pode manter o quadro clínico inalterado, ou mesmo agravar e levar o indivíduo à morte, entre outras palavras, o mesmo medicamento pode agir de maneira diversa em cada indivíduo.

Sendo o homicídio culposo um tipo aberto, podemos afirmar:

Tipos abertos no sentido já anteriormente assinalado de que uma característica do tipo de injusto deve ser complementada por via judicial ou doutrinária. Isto não implica qualquer lesão ao princípio da legalidade, de vez que a própria natureza das coisas impede que se possam descrever com maior exatidão na lei todos os comportamentos negligentes suscetíveis de ocorrer ou realizar-se (CONDE apud GRECO, 2008, p. 206).

Então, por um silogismo elementar, todo o homicídio culposo dependerá de complementação judicial para analisar o nexo de causalidade (negligência, imprudência e imperícia do ato médico), para autorizar a ação penal e, posteriormente, eventual condenação (como vimos nos tópicos anteriores).

Leciona René Ariel Dotti (Ibid., p. 526):

Apesar do CP não conter disposição semelhante à norma do art. 31.º do diploma português, a doutrina e a jurisprudência orientam-se no sentido de admitir a existência de hipóteses que, embora não previstas diretamente no rol das causas indicadas pelo CP, devem ser reconhecidas para se excluir a ilicitude do fato. Em tal sentido é a lição de Silva Franco: “A ausência

de uma explícita regra geral não impede, contudo, o reconhecimento de causas excludentes de ilicitude fora do rol legal (como, por exemplo, o consentimento do titular do direito, o direito de correção dos mestres, fundada no direito consuetudinário, o estado de necessidade do direito civil, o direito de informação, etc.)” (Código Penal, p. 341). Este é também o entendimento de Toledo, ao sustentar que as causas de justificação, ou normas permissivas, não se restringem a uma estreita concepção positivista do Direito, às hipóteses que, “sem limitações legalistas, derivam necessariamente do direito e de suas fontes. Além disso, como não pode o legislador prever todas as mutações das condições materiais e dos valores ético-sociais, a criação de novas causas de justificação, ainda não traduzidas em lei, torna-se uma imperiosa necessidade para a correta e justa aplicação da lei penal (*Princípios*, p. 171).

Sendo assim, podemos afirmar, categoricamente, que todo homicídio culposo dependerá de complementação judicial, para após, detida análise do caso (nexo de causalidade-negligência, imprudência e imperícia do ato médico), autorizar uma condenação.

Neste mesmo sentido (*Ibid.*, p. 466), lecionou:

Em todas as hipóteses dos *tipos penais abertos*, o preenchimento da tipicidade depende do reconhecimento, feito pelo juiz, de que a conduta (ação ou omissão) desobedeceu aos deveres objetivos de cautela impostos pela vida comunitária nas variadas formas de atividade humana. Muito apropriadamente, Ferrajoli comenta que, em tais hipóteses, existem “spazi di discrezionalità dela verità politica gli spazi d’incertezza aperti in varia misura dall’indecidibilità dela verità procesuale”. Tais espaços não dependem (como ele mesmo esclarece) da vontade do juiz, mas da inexistência ou insuficiente satisfação da regra semântica na qual se exprime o princípio da legalidade extrita. Assim ocorre pela presença, na lei, “di espressioni indeterminate o di antinomie semantiche e dalla conseguente inverificabilità dele denotazione penali dei presupposti dele decisioni” (DIRITTO; RAGIONE, p. 151 apud DOTTI, 2013).

Entretanto, uma coisa é certa, o erro médico difere do resultado adverso, pois mesmo o profissional, empregando todos os recursos disponíveis, pode não obter o resultado pretendido, ante a imprevisibilidade biológica de cada organismo.

Mesmo aplicando os mesmos processos terapêuticos em patologias distintas, seguindo o mesmo protocolo à risca, os resultados serão imprevisíveis. Até mesmo porque não se conhecem dois seres humanos idênticos.

Porém, como bem afirmou o eminente professor Ivo Antonio Vieira, ao proferir aula na pós-graduação da Universidade Corporativa da Sociedade Brasileira de Direito Médico e Biótico, no segundo semestre do ano de 2021, “a resposta terapêutica dependerá muito mais do paciente e sua estrutura do que da terapia instituída”.

Deste modo, seguindo o médico em seu ato, à risca o protocolo descrito na literatura médica, pela imprevisibilidade do resultado caso o paciente evolua a óbito, trata-se de causa supralegal de justificação, excluindo a ilicitude descrita no artigo art. 121, §§ 3º e 4º, combinado com o art. 13, § 2º, “a”, ambos do Código Penal (homicídio culposo), vedando a condenação do médico por seu ato profissional.

7 CONCLUSÃO

Logo, em sede de conclusão, constatamos que o Direito Penal é para ser plicado em casos graves, não em qualquer ato ilícito praticado por alguém, ante os princípios da intervenção mínima, da fragmentariedade, da intervenção mínima (subsidiariedade) e o da proporcionalidade. Os ilícitos que não deveriam alcançar o Direito Penal podem ser resolvidos, mas aplicando os outros ramos do Direito (Administrativo, Cível, Tributário, etc.), como forma de sancioná-los, ou mesmo coibi-los.

Também restou demonstrado que o Direito Civil e o Direito Criminal têm um relacionamento íntimo, quando o assunto é a responsabilização do médico por ato realizado no exercício da profissão, ante a necessidade de ser demonstrado o nexos de causalidade (entre a conduta e o resultado), no cível (imprudência, negligência e imperícia), ou mesmo no crime, devido ao homicídio culposo ser uma norma penal aberta (como demonstrado no caso prático).

Além das modalidades de exclusão de ilicitude (da culpabilidade) consagradas em lei, na doutrina e jurisprudência, existem as causas supralegais de justificação (aquelas não descritas em lei), sendo uma delas a imprevisibilidade da reação do organismo – ÁLEA.

Destarte, o médico em seu ato percorrendo rigorosamente o protocolo descrito na literatura médica, ante a imprevisibilidade do resultado do organismo do paciente, caso o paciente venha a óbito por motivos alheios à técnica empregada (sua vontade), trata-se de causa supralegal de justificação, excluindo a ilicitude descrita no artigo art. 121, §§ 3º e 4º, combinado com o art. 13, § 2º, “a”, ambos do Código Penal (homicídio culposo).

REFERÊNCIAS

- BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. Imprensa: Campinas, Red Livros, 1999, p. 57.
- DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: parte geral**. Ed. rev. atual. e ampl. Colaboração de Alexandre Knopfholz e Gustavo Britta Scanelari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- FONTES DO DIREITO OFICIAL. **Relação do Direito Penal com Outros Ramos Jurídicos**. Disponível em: <https://fontesdodireito.wixsite.com/oficial/conteudo/direito-penal/relacao-do-direito-penal-com-outros-ramos-juridicos#:~:text=Os%20Direitos%20Penal%20e%20Civil,leis%20civis%20quanto%20nas%20criminais>. Acesso em: 16 fev. 2022.
- GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2008.
- NADER, Paulo. **Curso de direito civil, parte geral**. vol. 1. 10. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado: estudo integrado com processo e execução penal: apresentação esquemática da matéria: jurisprudência atualizada**. 14. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- RAIZMAN, Daniel. **Manual de Direito Penal - parte geral**. Minha Biblioteca, Editora Saraiva, 2019.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. **El enemigo en el derecho penal**. Buenos Aires: Ediar, 2009.

RESUMO

O presente trabalho aborda essencialmente a qualificação da obrigação do cirurgião plástico em cirurgias estéticas, avaliando, à luz do doutrinação mundial e discussão jurisprudencial, se de meio ou resultado. Analisa a terminologia das expressões meio/resultado bem como o conteúdo dessas obrigações e as suas origens históricas. Trata de observar também como se dá o entendimento acerca de cada classe de obrigação, sob o ponto de vista de escolas alienígenas. Discute o que se entende por cirurgia estética e o pensamento tradicionalmente minorado, especialmente no Brasil, a respeito dos motivos que levam uma pessoa a se submeter a um procedimento estético. Analisa o modo de pensar no Direito pátrio e também admite um pequeno juízo crítico sobre os casos colhidos da jurisprudência nacional. Ao final, com base nos elementos demonstrados, conclui sobre a real natureza jurídica da atuação do cirurgião plástico nas cirurgias estéticas.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Cirurgia Plástica. Erro Médico. Obrigação de Meio.

¹ Cirurgião Plástico pela Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica; Cirurgião Esteta pela Universidade John Kennedy; Perito Médico-Legista pela Escola Superior de Polícia do RS; Primeiro Presidente da International Society of Aesthetic Medicine; Professor dos Cursos da Associação Brasileira de Medicina Estética; Mestre em Genética e Toxicologia Aplicada; Advogado pela Faculdade do Ministério Público/RS; Pós-Graduando em Direito Médico e Odontológico pela UCA; Secretário Adjunto do Capítulo Gaúcho da ANADEM; Palestrante e Escritor.

ABSTRACT

The present study essentially addresses the qualification of the plastic surgeon's obligation in the face of aesthetic surgeries, evaluating, in the light of world indoctrination and jurisprudential discussion, whether it is a means or a result. It analyzes the terminology of the expressions means/result, as well as the content of these obligations and their historical origins. It also tries to observe how each class of obligation is understood, from the point of view of alien schools. It discusses what is meant by aesthetic surgery and the traditionally diminished thinking, especially in Brazil, about the reasons that lead a person to undergo an aesthetic procedure. It analyzes the way of thinking about national law and also admits a small critical judgment on the cases collected from national jurisprudence. In the end, based on the demonstrated elements, it concludes on the real legal nature of the plastic surgeon's role in aesthetic surgeries.

Keywords: Civil Liability. Plastic Surgery. Medical Error. Mean Obligation. Medical Liability. Surgery Medical Protocols Obligation

1 INTRODUÇÃO

Este texto traz à tona a polêmica interpretação da natureza da obrigação do cirurgião plástico em suas mais diversas intervenções. Dentro de um espectro vasto de especialidades cirúrgicas que laboram atendendo ao emprego dos meios cientificamente mais adequados e aceitos, tão somente, sem a preocupação única com a cura do problema do paciente, o Direito brasileiro ainda mantém uma posição tradicional rígida, com muita influência da construção da doutrina francesa, de entender que o cirurgião plástico deva atuar com obrigação de resultado.

O artigo expõe uma análise da terminologia, conteúdo e origem das expressões “meio” e “resultado”, no plano mundial, levando a uma observação dedutiva do cenário nacional.

Discorre também sobre a concepção do que se entende por estética, associando uma avaliação sobre o conceito de saúde, desde o remoto até o mais moderno.

Não deixa escapar a análise do erro médico em Cirurgia Plástica, dentro do que o tema nos apresenta, enfatizando que a obrigação é de meio; não de resultado. E sugere que isso seja mais bem observado em decisões futuras.

Mais, ainda, traz o posicionamento jurisprudencial e doutrinário à luz do nosso ordenamento quanto à prestação obrigacional da Cirurgia Plástica, também acatada como de meio, mas, há muito, tida como de obrigação de resultado, o que se configura como uma exceção à regra da atuação médica geral.

O tema assume tamanha importância, haja vista o cirurgião plástico incumbir-se de cuidar da vida e integridade física do paciente, como acontece com todas as outras especialidades médicas. Assim, o debate deve ser dirigido à observação da conduta cuidadosa, prudente e aplicada ou não, diferente da tradicional discussão entre obrigação de meio ou resultado, o que, dessa forma, torna a culpabilidade o determinante central da análise.

2 A ANÁLISE TERMINOLÓGICA DAS EXPRESSÕES

Muitos são os conceitos abarcados pelas expressões “obrigações de meio” e “obrigações de resultado”. A discussão, com respeito a essa classificação, tornou-se bastante comum nos estudos de Direito Civil e, embora amplamente acatada por vários autores, não está isenta de críticas e objeções de ordem metodológica e prática.

Um grande entusiasta dessa classificação foi Demogue, entretanto autores, como os irmãos Mazeud, a consideram um tanto misteriosa ou enigmática.

Vale lembrar que a ciência jurídica, diferentemente da ciência natural, adota o objeto “agir do homem”. Neste caso, a norma assume o propósito de regular a vida e, daí, surgem conceitos que auxiliam na forma de pensar quanto a esse “agir” (IRTI, 2004, p.13).

Resta claro o entendimento de que, através do tempo e espaço, as normas vão sendo elaboradas pela vontade humana em diferentes governos e épocas.

Mais que isso, ressalte-se que o papel do jurista é aquele que purifica e salva, em que o dever é estabelecer a ordem e defender a integridade do sistema, observando o que se conserva do passado em cada elaboração conceitual.

Fischer atribui às obrigações uma natureza objetiva, quando vincula o devedor à realização de tal resultado, e subjetiva, em que, ao devedor, se impõe um simples dever de esforço para a realização de um fim visado por ambas as partes (FISCHER Apud MENGONI, 1954, p.51. Segundo ele, a responsabilidade civil ocorre por inadimplemento.

Na obrigação subjetiva, a análise do fortuito perde um pouco da sua importância, haja vista que qualquer evento externo, que imponha esforço e diligência superior àquele necessário para adimplir o objeto, é capaz de exonerar o devedor; na objetiva, o elemento subjetivo aparece apenas de modo negativo, qualificando o fato externo que tornou impossível a realização da obrigação (FISCHER apud MENGONI, 1954, p.51-52), ou seja, o fortuito surge somente quando não haja culpa do devedor.

No entanto, como explica Mengoni (1954), há uma confusão de conceitos. Na obrigação subjetiva, o conteúdo da prestação obrigacional é a diligência, cuja definição não é diferente daquela usada como medida de culpabilidade, na obrigação objetiva.

Osti (1973) denomina obrigação de meio aquela em que há o dever de uma determinada diligência, e, de resultado, aquela em que há dever de realizar tal resultado em concreto. Essa classificação, no direito dos contratos, guarda estreita relação com um sistema binário de responsabilidade civil; objetiva, quando há falta de concretização do resultado específico, e subjetiva, quando não se observam as obrigações de meio.

Em que pesem os diversos raciocínios, Mazeud propõe a adoção das expressões “obrigações determinadas” e “obrigações gerais de prudência e diligência” (MAZEUD, H.; MAZEUD, L., 1978).

O que busca Mazeud (1936) é atribuir um objeto rigidamente definido às obrigações determinadas por um resultado preciso, em que o devedor responde pela realização, salvo em caso fortuito ou força maior. Isso nada mais é que a definição reservada ao objeto das obrigações, bem como o requisito de validade do negócio jurídico.

Mais ainda, ao usar a expressão “obrigação geral de prudência e diligência”, entenda-se que “geral” faz referência ao comportamento de um grupo de sujeitos, o que impede a análise da obrigação geral no âmbito da responsabilidade civil contratual, que é destinado à violação das obrigações determinadas.

O comportamento de forma diligente assume o sentido de uma prestação concreta, um agir peculiar e qualificado, transformando-se em um resultado econômico específico e desejável para a perfectibilização da necessidade do credor.

Ora, não se pode conceber uma obrigação que não tenha o objetivo de produzir resultado. O vínculo obrigacional se traduz por um dever de dar/fazer/não fazer que se concretiza com o dever de

receber. Logo, não há sentido numa obrigação que não se destine a produzir uma utilidade de satisfação do credor.

Nesse viés, o pensamento aristotélico mostra que o princípio da ação tem sempre um propósito. Todavia, o fazer não exige absolutamente um fim, mas o agir decorre da relação com o outro e por causa do outro (ARISTÓTELES, 1950, p. 67). *In verbis*:

Logo, parece justo o que se disse, que o princípio das ações é o homem; que a deliberação existe acerca das coisas que ele próprio pode operar; e que as ações são meios para o fim: já que o fim não pode nunca ser deliberado, mas sim o que diz respeito ao fim.

3 O CONTEÚDO DAS OBRIGAÇÕES

Preliminarmente, uma breve revisão de alguns conceitos.

A doutrina divide a responsabilidade civil em objetiva, isto é, aquela que deriva do risco da própria área de atuação ou negócio e aprecia os requisitos de conduta, dano e nexos de causalidade; e a subjetiva, em que, além dos requisitos já mencionados, também há que se comprovar a culpa do agente causador da lesão.

Desse modo, na responsabilidade objetiva, o causador do dano deve indenizar mesmo que não seja mostrada a sua culpa, e, na subjetiva, basta que a vítima impute ao agente a responsabilidade pelo seu prejuízo. Essa última concepção é adotada como regra geral pelo nosso ordenamento. Pensando assim, a responsabilidade do médico é a subjetiva, de modo geral.

Todavia, a lei prevê exceções dessa universalidade, uma bem demonstrada na lei 8.078/1990, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), quando caracterizada a relação de consumo, que atribui o caráter objetivo ao prestador de serviços ou fornecedor de produtos. Exceção da exceção é que o mesmo diploma determina o caráter subjetivo aos atos de profissionais liberais (BRASIL. Código de Defesa do Consumidor), como é o caso do médico, do advogado e outros tantos.

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

[...]

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Também, o Código Civil Brasileiro (CBC) dispõe que a obrigação de reparar o dano independente de culpa quando houver determinação expressa em lei ou quando a atuação do agente oferecer riscos ao direito de terceiros.

Em resumo, a diferença entre essas duas classificações está na demonstração da culpa do agente a quem é atribuída a lesão. Se há culpa, é dever subjetivo. Daí, resta fácil entender que a responsabilização está diretamente associada à análise criteriosa de cada caso, consoante com leis e decisões dos Tribunais.

Na linha de Rui Stoco (apud PINTO, s.d.), “a necessidade de maior proteção à vítima faz nascer a culpa presumida, de sorte a inverter o ônus da prova e solucionar a grande dificuldade do ‘lesado’ em demonstrar a culpa do responsável pela ação/omissão”.

Numa ordem evolutiva do Direito, o passo seguinte foi desconsiderar a culpa como fator imprescindível, nos casos autorizados pela lei, originando a responsabilidade objetiva, em que a questão se detém em avaliar se o ato é culpável.

Outra classificação da responsabilidade civil recai sobre a existência de um contrato, mesmo que tácito.

Na responsabilização contratual, o dano decorre da violação daquilo que foi ajustado em contrato ou negócio jurídico unilateral. O conceito nos remete ao que diz César Fiúza (2008, p. 470):

Vejam os artigos 927, § único, do CBC:

Haverá obrigação de reparar o dano, independente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

A responsabilidade por atos unilaterais de vontade, como a promessa de recompensa, é também contratual, por assemelhação, uma vez que os atos unilaterais só geram efeitos e, portanto, responsabilidade, após se bilateralizarem. Se um indivíduo promete pagar uma recompensa a quem lhe restituir os documentos perdidos, só será efetivamente responsável, se e quando alguém encontrar e restituir os documentos, ou seja, depois da bilateralização da promessa.

Em resumo, o bem jurídico violado não tem previsão contratual e não existe relação negocial, contrato prévio, entre a vítima e o lesante. Um exemplo bastante esclarecedor é a obrigação de reparar danos após um acidente entre veículos. No caso, não foi feito nenhum acordo de indenização entre as partes envolvidas.

A responsabilidade extracontratual ou Aquiliana é baseada no que decorre da lei ou do ordenamento jurídico.

Assim sendo, nas duas formas, há obrigação de indenizar por danos, e a diferença entre elas está na natureza das responsabilidades.

Por fim, há que se lembrar das excludentes de responsabilidade: nexos causal (relação entre conduta e resultado), culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito (fato humano alheio à vontade da parte) e força maior (fato ou ocorrência difícil ou imprevisível que gera efeitos inevitáveis).

Observe-se que, sob o aspecto contratual, se houver cláusula de não indenizar, isso pode se tornar mais uma excludente.

Algumas obrigações sequer têm a necessidade de produção de um resultado; são as obrigações de garantia, em que a eliminação do risco que paira sobre o credor assume a representação do bem de vida objetivado.

Historicamente, nos contratos de seguro, foi reconhecida a obrigação acessória do transportador em garantir a segurança dos passageiros, em 1911, através da Corte de Cassação Francesa – “Compagnie générale tansatlantique c/ Zbidi Hamida Bem Mahoud” (TORNEAU, 2018, p. 923).

No fim do século XIX, não eram raros os prejuízos gerados por acidentes em transporte de coisas. Sainctelette (apud BELISSENT, 2001, p.252-253) propõe uma analogia ao transporte de pessoas, em que passageiros são objetos contratuais e o condutor é o garantidor de sua segurança. Em caso de lesão durante a viagem, caberia ao condutor provar que o evento danoso tenha ocorrido por caso fortuito ou força maior, para que se eximisse da obrigação.

A vítima – passageiro – não mais teria de arcar com os prejuízos decorrentes do acidente, quando este não pudesse ser convincentemente explicado; assim, bastaria provar que o transportador deixou de executar suas obrigações.

Entretanto, posteriormente, os tribunais deixaram de aplicar fundamentações baseadas na teoria da garantia, já que, segundo Sainctelette (apud BELISSENT, 2001, p. 253), não é adequada a analogia entre pessoas e coisas, pois os bens tutelados têm grande diferença de valoração.

É fácil entender que passageiros, no curso da viagem, apresentam uma liberdade de locomoção diferente de coisas, o que lhes proporciona possibilidade de sofrerem danos, em condições bastante parecidas com aquelas que enfrentariam quando isolados no conforto de suas moradias ou locais de trabalho. A bem dizer, a maior parte dos acidentes com passageiros em ferrovias decorre de suas próprias condutas imprudentes (SAINCTELETTE apud BELISSENT, 2001, p. 253).

4 AS ORIGENS DA DISTINÇÃO

A paternidade sobre a diferenciação entre “de meio” e “de resultado” é atribuída a René Demogue (1925) e, em seu “Traité des Obligations en Général” (1932), ele chama a atenção do mundo jurídico, muito embora a doutrina alemã (1889) e a italiana (1915 e 1918) já tenham tratado do assunto.

A esse desligamento da teoria da garantia, parece que o nosso ordenamento não se ateu e, até hoje, as obrigações de resultado são balizadoras das decisões que envolvem direito do consumidor e, por conseguinte, o direito do paciente em Cirurgia Plástica.

Dessa forma, a garantia passou a ser vista como obrigação tipicamente de resultado, em que o passageiro/paciente deveria chegar ileso ao seu destino, quando conduzido pelo transportador/cirurgião plástico, salvo no caso fortuito ou força maior.

Somente atentando para o objeto obrigacional, vários autores tentaram buscar a origem histórica das classificações. Henri Mazeud (1936) cita origens antes mesmo da codificação napoleônica. Segundo esse autor, juristas anteriores ao *Code Civil*, observando a intenção dos contratantes, perceberam que, nos casos em que o devedor se obrigava a um certo comportamento, e isso fosse o suficiente para a não realização prestacional, que se lhe impusesse o dever de indenizar; diversamente, quando o devedor agia diligentemente, sem culpa, seria imperativo que se fizesse uma análise melhor e mais pormenorizada de sua conduta.

No mesmo diapasão, depreendemos duas premissas da obra de Domat (1697):

Desde que não haja nem intenção de lesão nem má-fé no ato causador do dano, deve-se ponderar se o dano adveio de qualquer negligência ou culpa, ou sem que nada pudesse ser imputado àquele que alega tê-lo sofrido.

[...]

Ainda que não exista qualquer culpa daquele de quem se demanda reparação, isso nem sempre é suficiente para liberá-lo. Pois há casos em que são devidas perdas e danos, sem que haja qualquer culpa, mas por simples efeito de um contrato. Assim, quem vendeu de boa-fé coisa que acreditava ser sua é obrigado a fazer cessar qualquer pretensão daquele que se pretende seu proprietário e, se é vencido, tornar-se-á devedor das perdas e danos decorrentes da evicção, ainda que não haja má-fé de sua parte, tampouco qualquer outra espécie de culpa.

Vale lembrar que o pensamento jurídico de sua época era baseado em regras morais, herança de uma concepção literária e filosófica religiosa da era medieval, em que a culpa ganha uma tamanha importância como alicerce da responsabilidade civil.

O direito civil de hoje adota essa regra, em que a culpa seria o sustentáculo principal da responsabilidade, bastante enraizada na moral de São Tomás e na dos professores do século XVII: “cada um de nós será obrigado, se faz mal ao próximo, a restituir, repor as coisas no lugar, de reparar todos os danos causados por culpa” (VILLEY, 2005).

O que explica a afirmação de Domat (1697) é o fato de existir obrigação de reparar, ainda que não haja má-fé ou outro tipo de falta do vendedor, nos casos de evicção. Se, de um lado, a responsabilidade decorreria de uma lesão praticada com concorrência de culpa, de outro, haveria obrigação de reparar (garantia) por força de boa-fé.

Na análise da evolução histórica do Direito, Georges Robin (1987) conclui que os juristas romanos teriam dado pouca importância às regras de distribuição do ônus probatório. Dessa forma, na falta de preceitos específicos, assumiriam os princípios gerais em matéria de prova: (1) o autor deveria provar os fatos constitutivos de seu direito e (2) o réu deveria atestar os fatos extintivos ou modificativos (ROBIN, 1887, p.50-52). Essas regras incidiriam sobre todas as demandas de responsabilidade civil, não sendo pertinente pensar em inversão do ônus probatório nos casos de responsabilização contratual.

Robin ainda explica que nem todos os contratos implicariam responsabilidade civil, não se permitindo, assim, a discussão sobre a intenção do devedor na realização do ato imputado a este (ROBIN, 1887, p. 55):

[...] a ideia de culpa não deve intervir senão de uma maneira negativa, no sentido de que se o caso fortuito ou de força maior que me impediu de cumprir minha obrigação, serei dela liberado. Isso não é mais que um efeito, considera-se que eu tenha prometido não um resultado, mas um esforço constante e sincero; se, quando eu tenha realizado tal esforço, um golpe do destino impediu o resultado, a mim não se deve impor nenhuma responsabilidade.

Além disso, àquele a quem eu tenha prometido a entrega de um escravo não se impõe tenha de provar senão uma única coisa, a saber, que eu tenha lhe prometido aquele escravo, e ele não é obrigado de maneira nenhuma a provar que eu tenha agido com culpa ao não entregá-lo. Não há necessidade de se falar em culpa, pois ele não tentou uma ação de responsabilidade, ele não fez outra coisa senão demandar o cumprimento de uma obrigação inicial que nasceu apenas por força do contrato **(tradução livre)**.

De fato, Robin (1887) observou a diferença entre as obrigações, segundo seu objeto, mas o fez sob a ótica da responsabilização baseada na culpa. Assim, seriam duas as possibilidades: (1) o descumprimento culposo das obrigações, advindas de lei ou contrato, a verdadeira responsabilidade civil, e (2) a execução forçada, pecuniária ou não, por inadimplemento decorrente de caso fortuito ou força maior (CASTILHO, 2011, p.37).

Um dos mais célebres doutrinadores franceses, Marcel Planiol, dedicou-se ao estudo das decisões judiciais no âmbito trabalhista. Em sua análise do artigo 1.382² do *Code Civil*, deduz que a exigência de comprovação de casos fortuitos recai sobre o devedor somente quando este esteja obrigado a entregar/restituir ao credor. Basta que esse último prove a existência dessa obrigação. De outro modo, para que o devedor se libere, sem o cumprimento, é necessário provar que inadimpliu porque ocorreu caso fortuito (PLANIOL, 1906, p. 282).

Por esse entendimento, “o patrão não é obrigado a entregar o operário são e salvo a sua família; ele não é o segurador. Ele é tão somente obrigado a não comprometer a sua segurança por falta de precaução.” (PLANIOL, 1906, p. 282).

Todavia, a responsabilização do empregador, no caso de acidentes, depende de se demonstrar a falta de comprometimento com a segurança dos empregados, bem como a demonstração de sua conduta culposa para que isso ocorresse.

Assim, a conduta negligente do empregador cabe ao empregado. Não sendo dessa forma, essa responsabilização estaria presente em todos os casos em que não se conhecessem os elementos causadores do acidente, o que impediria a adequada observação de nexos causal entre fato e dano. Isso acabaria por decretar tamanho ônus tão somente pelo fato de contratar serviços de empregados (PLANIOL, 1906, p. 283).

Sintetizando esse pensamento, não basta o descumprimento puro e simples; há que se demonstrar nexos entre a conduta omissiva e o dano causado.

2 Art. 1382: “Qualquer ato do homem, que cause danos a outro, obriga aquele por cuja culpa aconteceu a repará-lo”. (Tradução livre)

4.1 A concepção alemã

Em 1889, às vésperas da codificação alemã, Kauf Bernhöft (1954, p. 50) salientou a importância da classificação segundo o objeto.

Certamente, o vínculo obrigacional pode ser de tal forma que o devedor é obrigado somente a fazer o quanto lhe seja possível para conseguir o resultado, e com o qual ele é liberado independentemente do fim a ser efetivamente alcançado. Ou se há preocupação com o resultado em si mesmo, e então a obrigação não se extingue até que o resultado se realize, salvo a impossibilidade superveniente.

Para Fischer (apud MENGONI, 1954, p.51-52), o valor indiscutível da classificação está na análise da responsabilização por inadimplemento. Nas obrigações subjetivas, qualquer evento externo, fortuito, que envolva esforços superiores ao necessário, é capaz de exonerar o devedor – responsabilidade pela culpa.

Nas objetivas, o elemento subjetivo, negativo, qualifica o fato externo que deu origem ao inadimplemento, isto é, somente seria fortuito quando não houvesse culpa do devedor (FISCHER apud MENGONI, 1954, p. 51-52).

Castilho (2011, p. 42) bem sintetiza o pensamento do autor alemão:

Fundamentalmente, o que conclui este último autor tedesco é que nas obrigações subjetivas, na medida em que obrigam o devedor a um comportamento determinado, um esforço pessoal, um *agere quantum possum* para que se produza o resultado previamente fixado, não compreendido, no entanto, no objeto da obrigação assumida, a falta da prestação pura e simples não pode implicar a responsabilização do devedor, uma vez que não há, verdadeiramente, inadimplemento desde que tenha ele agido diligentemente.

Mengoni (1954, p. 52-53) conclui haver confusão entre conceitos nas teorias de Fischer e Bernhöft. A definição de diligência (obrigações subjetivas) não é diferente daquela usada como medida de culpabilidade, que se opõe à negligência, nos casos de inadimplemento. Assim, o ponto de distinção das obrigações passa do objeto para a responsabilidade (MENGONI, 1954, p. 52-53), o que gera duas formas de responsabilização: (1) aquela fundada na culpa (devedor se obriga a um comportamento com diligência) e (2) aquela cuja culpa estabelece negativamente os limites de impossibilidade objetiva prestacional, desobrigando o devedor em casos fortuitos ou força maior.

4.2 Concepção italiana

Francesco Leone (1915, p.84-103) e Giuseppe Osti (1918), antes de considerar diferenças abordando o inadimplemento, preferiram dissertar sobre o que seria inadimplemento.

Em sua análise, Leone divide os contratos em (1) aqueles cujo devedor é obrigado a prestar determinada ação e (2) aqueles em que é obrigado a conseguir determinado resultado.

No primeiro caso, a diligência diz respeito ao próprio conteúdo da prestação, de modo que, mesmo que não seja satisfeito o credor, o devedor não seria responsável, haja vista ter adequadamente adimplido a sua obrigação, desde que não tenha incorrido em negligência, imprudência ou imperícia. No segundo caso, o devedor só é isento quando tenha havido força de situações externas e a ele não imputáveis.

Osti (1918) define diligência como a escolha ou cautela na escolha entre um agir e outro, entre um comportamento e outro, com vistas à realização de tal fim. Só assim, o autor pode dizer se a conduta do devedor foi adequada ou não para atingir o fim.

As obrigações cujo objeto é a prestação de diligência são ditas de meio; quando a responsabilidade está atrelada ao momento objetivo do inadimplemento, independentemente de culpa, há obrigação de resultado. Nesta, a diligência, critério de análise de conduta, não se torna critério geral, aplicável a qualquer tipo de obrigação (OSTI, 1918, p.116).

4.3 A concepção francesa

Apesar das tentativas de desconstrução de sua teoria, por Sainctelette e Grandmoulin, o pensamento de Demogue se dissemina no Direito francês. Para ele, o devedor pode-se obrigar tanto à entrega de um resultado quanto a adotar certa conduta capaz de levá-lo a determinado fim (DEMOGUE, 1925, p.536-537).

Daí, no objeto resultado, basta que o autor prove a existência e a inexecução da obrigação; no objeto meio, além da prova desses dois requisitos, o autor deve demonstrar a existência de culpa ou dolo na conduta do devedor.

Mais ainda, some-se, à obrigação de meio, aquela em que o patrão/médico adota medidas adequadas para guardar a saúde de seus empregados/pacientes, bem como quando haja a atenção a medidas de diligência e prudência.

Demogue (1925, p. 16-18) conceitua obrigação como uma situação jurídica cujo fim é uma ação ou omissão que tenha valor econômico ou moral e, embora tenha origem na lei ou na vontade, se direciona para a sua execução.

Isso faz surgir outro critério, externo ao vínculo obrigacional, que guarda estreita relação com a execução: o risco de insucesso de uma determinada atividade.

O devedor que exerça atuação independente está sempre obrigado aos meios; aquela atuação em que o fim buscado pode ser concretamente obtido, observada a técnica para tanto, traduz-se como obrigação de resultado.

Os profissionais que têm uma profissão liberal, noutras palavras, que exige uma independência em sua execução, como o médico, o advogado, não há sobre sua responsabilidade senão uma obrigação de meio. As atividades, que vão desde o pedreiro ao mais alto grau, até o arquiteto, comportam de ordinário uma obrigação de resultado. Pois o resultado pode ser atingido quase certamente com a técnica apropriada (DEMOGUE, 1925, p. 544).

Verifica-se, então, a existência da álea, que passa a ser critério na classificação meio/resultado e induz as partes, assumindo o risco inerente ao comportamento devido, a transformarem as obrigações numa e noutra espécie (TORNEAU, s.d., p.377).

Após a publicação do tratado de Demogue (1925), a Corte de Cassação, no famoso julgado “Mercer”, tratou da responsabilidade civil médica como se vê:

Forma-se entre o médico e seu cliente um verdadeiro contrato que comporta para o médico prático o compromisso de prestar cuidados atentos, conscienciosos e, exceção feita a circunstâncias excepcionais, conformes com os dados adquiridos da ciência; a violação, mesmo involuntária, dessa obrigação contratual é sancionada por uma responsabilidade do mesmo modo e natureza, igualmente contratual (tradução livre)³.

A Corte estabelece a relação contratual entre médico e paciente, além de reconhecer que o primeiro não se obriga à cura do segundo, mas à realização de técnica adequada e precisa de sua ciência.

5 O TRATAMENTO DA DISTINÇÃO NO DIREITO ATUAL

5.1 O direito francês

Na jurisprudência francesa, as obrigações de resultado têm subclassificações em que se exonerar o devedor se este provar a ausência de culpa. Note-se, aqui, que obrigação de resultado passa a ser de meio, presumindo-se apenas a culpa de um dos sujeitos.

Tourneau faz uma análise bastante complexa e abrangente das obrigações de resultado, mostrando um rol de critérios adotados pela doutrina e jurisprudência. Vejamos o primeiro: a álea.

Neste caso, a obrigação de resultado só pode ser explicada quando o fim seja normalmente possível e esperado pela execução do comportamento devido. A álea inexistente quando o devedor tem controle sobre a coisa, fatos e pessoas sob sua guarda.

No contrato aleatório, o risco ataca a própria existência da obrigação. A álea não afasta definitivamente a possibilidade de que ocorra o resultado desejado, entretanto, a conduta do devedor pode não ser suficiente para torná-lo realidade, o que se traduz em uma obrigação de meio (TORNEAU,

³ “*Il se forme entre le médecin et son client [...]*” D 1936, p. 88 a 96, note signée “E.P”, rapport Jossierand et conclusions Matter.

s.d., 919). Exemplo típico das aplicações desse critério é a obrigação do médico (CASTILHO, 2011, p. 79).

Os contratos aleatórios implicam a existência de um risco. Sua característica essencial é a incerteza, uma vez que está presente a imprevisibilidade. Como é sabido, a resposta do corpo humano aos diversos tipos de intervenções não é possível de ser corretamente prevista; o que se tem é a previsão de uma generalidade, que pode não ocorrer em sua totalidade, não se chegando ao resultado almejado, manifestando a álea referida.

Sob esse aspecto, não há como separar a intervenção estética da reparadora. É o mesmo corpo com as mesmas imprevisibilidades.

Um outro critério citado por Tourneau diz respeito ao papel da vítima na execução do contrato o que, analogamente, se diria do comportamento do paciente no pós-operatório. Se o credor/paciente se posiciona livre para conduzir seus movimentos, estamos diante de uma obrigação de meio. Por outro lado, se assume uma conduta passiva e se deixa levar pelas convicções do devedor, há obrigação de resultado.

Interessante é notar que a jurisprudência francesa entende que a aceitação do risco pela vítima/paciente afasta a existência da obrigação de resultado. Assim, o paciente que, mesmo de forma tácita, se comporte passivamente diante do médico, será credor apenas de uma obrigação de meio (TOURNEAU, s.d., p. 919).

5.2 O direito italiano

Como já observado, as obrigações de meio assumem o requisito de se basearem na culpa, enquanto as de resultado são conduzidas pela responsabilidade objetiva.

A doutrina italiana se preocupa mais em descrever o conteúdo das obrigações do que organizar o ônus da prova. Assim, preocupa-se com o significado e extensão do termo diligência que, inicialmente, era considerado predicado ordinário da normalidade.

A valoração da expressão está no que se conhece por *bonus pater familias* que, embora controversa, é tida como sinônimo de lícito, conduta regular, demonstrador de boa-fé (CARBONE, 2007, p. 79).

6 O PROBLEMA DA DISCUSSÃO SOBRE ESTÉTICA

Já é tido como ultrapassada, irreal e unilateral a conceituação de saúde, promulgada pela Organização Mundial da Saúde (OMS), no início do século passado: “situação de perfeito bem-estar físico, mental e social da pessoa”. Na época, ainda não se tinha identificado o real valor da expressão bem-estar, bem como o que se queria dizer com estado perfeito (SEBRE, 1997, p. 539).

Quando se atenta para “bem-estar”, já se pressupõe que inúmeros fatores influem sobre o termo. Já é sabido, há muito, que infarto, úlcera, colite, asma e câncer, entre outros vários, podem refletir

profundos vínculos com estados afetivos das pessoas (SEBRE, 1997, p. 540).

O ser humano é capaz de somatizar os seus problemas mais submersos. Segundo essa premissa, pode ser inadequado que se conclua ser desnecessário ou supérfluo o sentimento de insatisfação com a imagem corporal.

Imaginemos a situação de uma pessoa gorda que tenha dificuldade para se sentar em um cômodo de aeronave; ou de um adolescente que seja conhecido por “nariz de tucano” ou “orelha de macaco”; ou de uma senhora de seios fartos que tenha dificuldades em vestir determinadas peças de roupa; ou alguém com um abdome globoso que tenha dores das costas em função dessa anatomia descabida e excessiva. Nessas situações, seria injusto associar futilidade, frivolidade ou até mesmo superficialidade se essas pessoas buscassem o auxílio da cirurgia “estética”.

Qual o limite exato entre a indicação estética e a reparadora?

Os sofrimentos têm que ser físicos e aparentes para que possam ser sanados?

Acatando esse enfoque, é permitido dizer que saúde seja um estado de razoável harmonia entre o sujeito e sua própria realidade. Considerando o individualismo dos dias de hoje, ponderando todas as tendências de subjetividade e autodeterminação, a busca pela melhora da aparência passa a ser socialmente legitimada e admitida (LAFER, 1988, p. 120).

Juristas como Caio Mário afirmam que o paciente de cirurgia estética não é um doente que necessita tratamento e, portanto, o médico se obriga a um resultado, pois “ninguém, em sã consciência, se submete aos riscos de uma cirurgia nem se dispõe a fazer elevados gastos para ficar mais feio do que já era, ou com a mesma aparência (PEREIRA, 1995, p. 169).

Pereira (1995) desconsidera a conceituação mais ampla de saúde e exime o pretense paciente de cirurgia estética de qualquer sofrimento, determinando a necessidade de alteração física aparente para que se justifique o procedimento.

A total aceitação da especialidade Cirurgia Plástica está afinada com o moderno conceito de saúde, não mais restritivo à mera ausência de doença. Por isso, a consolidação da ideia do bem jurídico da integridade psicofísica, que engloba o físico e moral da pessoa, alargando o conceito de lesão com vistas a chegar às alterações mentais, mesmo sem comprometimento corporal.

Isso justifica a intervenção médica em defesa da saúde, embora diante da inexistência de qualquer alteração física, em busca do apaziguamento espiritual (PERLINGIERI, 1972, p. 310; ITURRASPE, s.d., p. 331).

Alguns autores são firmes na posição de atribuir ao cirurgião plástico a promessa de uma correção, o que não passa de uma generalização obtida pela dedução de conceitos do Direito. Qualquer cirurgião é conhecedor das possibilidades, significativas ou não de seus tratamentos. Daí, carrega consigo o dever profissional de não transmitir inverdades ou dar valor a narrativas míticas. Cumpre lembrar que todo o resultado terapêutico sempre contará com a resposta clínica do paciente.

Não se rechaça que haja o procedimento puramente estético, mas este não é o foco da presente discussão, contudo, até mesmo em situações de cirurgia estética *strictu sensu*, as ponderações devem

ser feitas com cuidado, como explica Rui Rosado Aguiar (1995, p. 39-40):

Pode acontecer que algum cirurgião plástico, ou muitos deles assegurem a obtenção de um certo resultado, mas isso não define a natureza da obrigação, não altera a sua categoria jurídica, que continua sendo sempre a obrigação de prestar um serviço que traz consigo o risco. É bem verdade que se pode examinar com maior rigor o elemento culpa, pois mais facilmente se constata a imprudência na conduta do cirurgião que se aventura à prática da cirurgia estética, que tinha chances reais, tanto que ocorrente de fracasso. A falta de uma informação precisa sobre o risco e a não-obtenção de consentimento plenamente esclarecido conduzirão eventualmente à responsabilidade do cirurgião, mas por descumprimento culposo da obrigação de meios.

Na cirurgia estética, a lesão pode estar configurada em não se conseguir o resultado almejado ou no agravamento do defeito. Segundo este autor, as duas situações devem ser resolvidas considerando os princípios balizadores das obrigações de meio, porém, no caso da piora, o insucesso caracteriza indício sério de culpa do profissional, a quem incumbe a demonstração do contrário.

Ocorre que o Direito brasileiro já recebe a demanda contra cirurgião plástico, aceitando de plano a posição passiva do profissional e impondo a ele todo o ônus probatório de sua conduta, o que pode ser desembaraçado, posteriormente, através de um laudo pericial em que, nem sempre, o perito possui a capacidade plena de traduzir linguagem técnica médica em processual jurídica ou pode não ser exatamente o *expert* na especialidade em questão.

7 O ENTENDIMENTO PÁTRIO

De percepção geral, a modalidade estética, caracterizada pelo próprio fim e por sua eletividade, pressupõe a promessa de resultado positivo ou exitoso, sem o que a intervenção não se justificaria.

Essa máxima carece de apreciação quanto ao que seja positivo ou exitoso. A conceituação médica pode não ter a mesma valoração da do paciente e, aí, é mister que se avalie a expectativa deste, antes de qualquer procedimento. Entretanto, isso se refere à própria semiologia da profissão e não será, aqui, abordado por se tratar do óbvio.

Não é recente a responsabilização do cirurgião que executa seu ato. Conforme o Código de Hamurabi, “se um escravo morresse durante a cirurgia, o cirurgião tinha de dar ao dono outro escravo igual. Se pessoa importante morresse em resultado do ato, o cirurgião poderia ter sua mão amputada (HOSNE; VIEIRA, 2010, p. 402).

Todavia, no magistério de Rui Rosado Aguiar e Luís Andorno, com apoio na doutrina e jurisprudência francesas, considerando a álea comum a qualquer outro procedimento médico, a obrigação do cirurgião esteta pode ser considerada de meio, haja vista a imprevisibilidade da reação corpórea diante da intervenção.

cirúrgica, observando fatores como elasticidade dos tecidos, oleosidade local, genética, perfil inflamatório, etc. (HOSNE; VIEIRA, 2010, p. 402).

Ressalte-se também as posições intermediárias. Tavares da Silva sugere um equilíbrio entre o clamor social da responsabilização médica, considerando que a obrigação seja de meio, mas propondo a incidência de presunção de culpa grave do profissional, na hipótese de piora da aparência (SILVA, 2009, p.156-160).

Marcelo Benacchio (2009, p.331) admite a obrigação de meio desde que haja completa e adequada informação quanto aos riscos envolvidos e daquilo prometido em contraprestação.

Tal assertiva é uníssona com o Código de Defesa do Consumidor (CDC), em seu artigo 14, que torna defeituosa a prestação do serviço quando oferecido com informação insuficiente e inadequada.

Com uma tendência crescente, o reconhecimento da imprevisibilidade do corpo humano, em qualquer área, o que não é diferente em cirurgia estética⁴, vem sendo acatado por outros doutrinadores como Teresa Ancona Lopez, com amparo na doutrina francesa, através de Philippe Remy, o que coloca em dúvida a diferenciação meio/resultado, pois em ambas o devedor tem de cumprir o prometido e há uma obrigação preexistente, sendo a prova bastante similar nos dois casos (LOPEZ, 2021, p. 121).

8 A JURISPRUDÊNCIA NACIONAL E A DICOTOMIA MEIO/RESULTADO

Há inúmeros exemplos da interpretação pela obrigação de meio, na cirurgia estética, a contemplar:

Caso 1⁵: No caso, o magistrado, apoiado no laudo pericial, que mostrou inoccorrência de lesões vinculáveis ao evento alegado, observou não haver o elemento culpa, que satisfaria o art. 14, §4º do CDC, decidindo por não deferir o recurso.

0084609-74.2001.8.19.0001 - APELACAO - 1ª Ementa DES. SIDNEY HARTUNG - Julgamento: 13/04/2011 - QUARTA CAMARA CIVEL APELAÇÃO - RESPONSABILIDADE CIVIL. - AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANOS MORAIS E MATERIAIS. ALEGADO ERRO MÉDICO. CIRURGIA PLÁSTICA EMBELEZADORA NA REGIÃO DO PESCOÇO. - PROVA TÉCNICA CONCLUSIVA PELO CORRETO PROCEDIMENTO MÉDICO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RECURSO AUTURAL. INSISTÊNCIA NA TESE INICIAL, ALÉM DE ALEGAÇÃO DE ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA, CONSIDERANDO O JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. NEGATIVA DE SEGUIMENTO.

Caso 2⁶: Aqui, a apreciação do duto direciona para a existência da imprevisibilidade da resposta corporal, onde não há como prever a formação de cicatrizes inestéticas pelos fatores inerentes ao paciente.

4 Responsabilidade Civil na Cirurgia Estética. In <http://bdjur.stj.gov.br>, <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/2278/Responsabilidade_Civil_Cirurgia.pdf?seque nce=4> Acesso em: 08 fev. 2022.

5 <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/1072500/erro-medico-cirurgia-plastica.pdf>> Acesso em: 08 fev. 2022.

6 <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/1072500/erro-medico-cirurgia-plastica.pdf>> Acesso em: 08 fev. 2022.

0071800-81.2003.8.19.0001 (2007.001.14699) - 1ª Ementa - APELACAO DES. ROBERTO GUIMARAES - Julgamento: 13/06/2007 - DECIMA PRIMEIRA CAMARA CIVEL APELAÇÃO CIVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. CIRURGIA REPARADORA VISANDO ELIMINAÇÃO DE CICATRIZ DECORRENTE DE ACIDENTE E ATO CIRÚRGICO ANTERIOR. DANO MORAL E MATERIAL. DISTINÇÃO ENTRE PROCEDIMENTO CIRÚRGICO ESTÉTICO E REPARADOR. OBRIGAÇÃO DE MEIO. NÃO COMPROVAÇÃO DE ERRO MÉDICO OU FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO EXECUTADO. LAUDO PERICIAL CONCLUINDO PELA NÃO RESPONSABILIZAÇÃO DO APELADO. CICATRIZES QUELÓIDES QUE DEPENDEM DA PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO DA APELANTE E NÃO DO MÉDICO. RECORRENTE QUE NÃO DEU SEGUIMENTO AO TRATAMENTO PÓS-OPERATÓRIO. SENTENÇA QUE SE MANTÉM. RECURSO IMPROVIDO. Íntegra do Acórdão - Data de Julgamento: 13/06/2007.

Caso 3⁷: A decisão reconhece a presença de caso fortuito e atribui a este um caráter “eximente” de responsabilidade.

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. ART. 14 DO CDC. CIRURGIA PLÁSTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. CASO FORTUITO. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE. 1. OS PROCEDIMENTOS CIRÚRGICOS DE FINS MERAMENTE ESTÉTICOS CARACTERIZAM VERDADEIRA OBRIGAÇÃO DE RESULTADO, POIS NELES O CIRURGIÃO ASSUME VERDADEIRO COMPROMISSO PELO EFEITO EMBELEZADOR PROMETIDO. 2. NAS OBRIGAÇÕES DE RESULTADO, A RESPONSABILIDADE DO PROFISSIONAL DA MEDICINA PERMANECE SUBJETIVA. CUMPRE AO MÉDICO, CONTUDO, DEMONSTRAR QUE OS EVENTOS DANOSOS DECORRERAM DE FATORES EXTERNOS E ALHEIOS À SUA ATUAÇÃO DURANTE A CIRURGIA. 3. APESAR DE NÃO PREVISTA EXPRESSAMENTE NO CDC, A EXIMENTE DE CASO FORTUITO POSSUI FORÇA LIBERATÓRIA E EXCLUI A RESPONSABILIDADE DO CIRURGIÃO PLÁSTICO, POIS ROMPE O NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE O DANO APONTADO PELO PACIENTE E O SERVIÇO PRESTADO PELO PROFISSIONAL. 4. AGE COM CAUTELA E CONFORME OS DITAMES DA BOA-FÉ OBJETIVA O MÉDICO QUE COLHE A ASSINATURA DO PACIENTE EM TERMO DE CONSENTIMENTO INFORMADO, DE MANEIRA A ALERTÁ-LO ACERCA DE EVENTUAIS PROBLEMAS QUE POSSAM SURTIR DURANTE O PÓS-OPERATÓRIO. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (RESP 1180815/MG REL. MIN NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, JULGADO 19/08/2010).

Caso 4⁸: No julgado abaixo, o relator opta por acatar a autonomia do médico, eximindo-o de qualquer culpa por não apresentar título de especialista, mas detentor da capacidade de executar o ato médico.

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - CIRURGIA PLÁSTICA MAL SUCEDIDA - AUSÊNCIA DE PROVAS MÉDICO SEM ESPECIALIZAÇÃO PARA CIRURGIA PLÁSTICA - IRRELEVÂNCIA. - O FATO DE O APELADO NÃO OBTER ESPECIALIZAÇÃO PARA CIRURGIA PLÁSTICA, NÃO O IMPEDE DE REALIZAR TAL PROCEDIMENTO, E, VERIFICADO QUE NENHUM DANO CAUSOU À

7 <<https://www.migalhas.com.br/depeso/300122/defesa-juridica-do-cirurgiao-plastico>> Acesso em: 08 fev. 2022.

8 <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115588010/apelacao-civel-ac-10024062741772004-mg?s=paid>> Acesso em: 09 fev. 2022.

APELADA, TAL CONSTATAÇÃO SE TORNA IRRELEVANTE - PROVADO QUE O MÉDICO REQUERIDO, APESAR DE NÃO SER ESPECIALISTA, UTILIZOU DOS MÉTODOS CORRETOS NA REALIZAÇÃO DA CIRURGIA PLÁSTICA DA AUTORA E, AINDA, QUE DESTA CIRURGIA, APESAR DE NÃO OBTIDO O RESULTADO ESPERADO POR ESTA, NÃO ACARRETOU DEBILIDADE DE QUALQUER ÓRGÃO OU DEFORMIDADE PERMANENTE, DEVE SER MANTIDA A SENTENÇA QUE JULGOU IMPROCEDENTE O PEDIDO. (TJ-MG AC: 10024062741772004 MG, RELATOR: BASTISTA DE ABREU, DATA DE JULGAMENTO: 22/05/2013, CÂMARAS CÍVEIS / 16ª CÂMARA CÍVEL, DATA DE PUBLICAÇÃO: 03/06/2013).

Caso 5º: A decisão seguinte nos remete a páginas anteriores em que o autor expõe seu receio de que, por vezes, o julgador pode ser influenciado por laudo pericial inadequado, por não se tratar de expert da mesma área.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO INDENIZATÓRIA - DANOS MORAIS E MATERIAIS - ERRO MÉDICO - CIRURGIA PLÁSTICA - PERÍCIA MÉDICA - ESPECIALIDADE EM CIRURGIA PLÁSTICA - INOBSERVÂNCIA - SUBSTITUIÇÃO DO PERITO - POSSIBILIDADE - NULIDADE DA SENTENÇA VERIFICADA. - PROPOSTA AÇÃO INDENIZATÓRIA COM BASE EM ALEGAÇÃO DE ERRO MÉDICO EM PROCEDIMENTO DE CIRURGIA PLÁSTICA, NECESSÁRIA A REALIZAÇÃO DO EXAME PERICIAL POR EXPERT COM CONHECIMENTOS ESPECÍFICOS NA ÁREA DA MEDICINA DE QUE TRATAM OS AUTOS PARA APURAÇÃO DA VERDADE REAL, GARANTINDO A AMBAS AS PARTES UMA MAIOR SEGURANÇA NA SOLUÇÃO DO LITÍGIO - TENDO SIDO NOMEADO PERITO MÉDICO, ESPECIALISTA NA ÁREA DE DERMATOLOGIA, NÃO LHE SENDO CONFERIDO CONHECIMENTO TÉCNICO ACERCA DA ESPECIALIDADE EM CIRURGIA PLÁSTICA, MOSTRA-SE NECESSÁRIA A SUA SUBSTITUIÇÃO POR PERITO COM ESPECIALIDADE NESTA ÁREA. (TJ-MG - AC: 10024123251423003 MG, RELATOR: EVANDRO LOPES DA COSTA TEIXEIRA, DATA DE JULGAMENTO: 28/07/0020, DATA DE PUBLICAÇÃO: 03/08/2020).

Caso 6¹⁰: Da mesma forma, este outro julgado corrobora a posição anterior.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA. CIRURGIA PLÁSTICA. LIPOASPIRAÇÃO. PROVA PERICIAL. MÉDICO. ESPECIALIDADE: CIRURGIA PLÁSTICA. ART. 145, § 2º, CPC. INTELIGÊNCIA. I) OS PERITOS COMPROVARÃO SUA ESPECIALIDADE NA MATÉRIA SOBRE QUE DEVERÃO OPINAR, MEDIANTE CERTIDÃO DO ÓRGÃO PROFISSIONAL EM QUE ESTIVEREM INSCRITOS (ART. 145, § 2º, CPC), SENDO CERTO QUE, NA EXEGESE DOS PARÁGRAFOS DO ART. 145, CPC, DEVE O JUIZ ATENTAR PARA A NATUREZA DOS FATOS A PROVAR E AGIR CUM GRANO SALIS, AFERINDO SE A PERÍCIA RECLAMA CONHECIMENTOS ESPECÍFICOS DE PROFISSIONAIS QUALIFICADOS E HABILITADOS EM LEI, DANDO A NORMA INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA E VALORATIVA (RESP

9 <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/887806343/apelacao-civel-ac-10024123251423003-mg>> Acesso em: 08 fev. 2022

10 <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/139280101/agravo-de-instrumento-a-586412520138190000-tj-0058641-2520138190000>> Acesso em: 09 fev. 2022.

7.782/SP). II) TRATANDO-SE DE PERÍCIA DESTINADA A AVALIAR EVENTUAIS ERROS PRATICADOS PELA CIRURGIÃ NO PROCEDIMENTO PLÁSTICO INVESTIGADO, E, SENDO O DESIGNADO PERITO MÉDICO LEGISTA E CLÍNICO GERAL, AVULTA A INCONGRUÊNCIA, AINDA QUE TEÓRICA, ENTRE SUA ESPECIALIDADE E A ESPECIFICIDADE DAS QUESTÕES QUE LHE SERÃO SUBMETIDAS, POR DE MAIS TÉCNICAS PARA PRESCINDIREM DO EXAME DE UM ESPECIALISTA NO EXTENSO RAMO DA CIRURGIA PLÁSTICA, CONHECEDOR DOS PROCEDIMENTOS QUE LHE SÃO PRÓPRIOS, OS PROTOCOLOS, AS TÉCNICAS MAIS ADEQUADAS A CADA CASO E A CADA PACIENTE ETC. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA. RECURSO PROVIDO. ART. 557, § 1º-A, CPC. (TJ- RJ - AI: 00586412520138190000 RJ 0058641- 25.2013.8.19.0000, RELATOR: DES. ELISABETE FILIZZOLA, DATA DE JULGAMENTO: 19/12/2013, SEGUNDA CAMARA CIVEL, DATA DE PUBLICAÇÃO: 12/02/2014 16:58).

Caso 7¹¹: No caso a seguir, o julgador bem observou a conduta do médico, que foi adequada e cuidadosa para o evento questionado.

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. CIRURGIA PLÁSTICA. \NAGRAVO RETIDO. LEGITIMIDADE PASSIVA DA CLÍNICA MÉDICA ONDE REALIZADA A CIRURGIA PLÁSTICA QUE É CAUSA A PEDIDO INDENIZATÓRIO.\NALEGAÇÃO DE ERRO MÉDICO EM CIRURGIA PLÁSTICA DE CORREÇÃO DE BIOPLASTIA.\NNO CASO EM EXAME, OS ELEMENTOS PROBATÓRIOS DOS AUTOS NÃO DEMONSTRAM A NEGLIGÊNCIA OU IMPERÍCIA NO AGIR DA PARTE DEMANDADA NO PROCEDIMENTO NECESSÁRIO PARA LEVAR A BOM TERMO A CIRURGIA PROCEDIDA NO AUTOR.\NA CORREÇÃO DO SERVIÇO MÉDICO PRESTADO FUNDAMENTA O NÃO ACOLHIMENTO DO PEDIDO INDENIZATÓRIO.\NSENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA.\NAGRAVO RETIDO E APELO NÃO PROVIDOS. (TJ- RS - AC: 70045601796 RS, RELATOR: MARCELO CEZAR MULLER, DATA DE JULGAMENTO: 28/06/2012, DÉCIMA CÂMARA CÍVEL, DATA DE PUBLICAÇÃO: 06/08/2012).

Caso 8¹²: Mais uma vez, a decisão aponta a favor daquele que, com prudência e cuidado, ofereceu as informações pertinentes pré-operatórias, cumprindo o que preceitua o CDC.

RESPONSABILIDADE CIVIL. CIRURGIA PLÁSTICA. MÁ- CICATRIZAÇÃO. INEXISTENTE ERRO MÉDICO. DANO MORAL. INOCORRÊNCIA. A RESPONSABILIDADE DO MÉDICO É APURADA MEDIANTE O EXAME DA PRESENÇA DE CULPA, AO CONTRÁRIO DA RESPONSABILIDADE DA CLÍNICA.O DIREITO DE INFORMAÇÃO DO PACIENTE DEVE SER OBSERVADO. AS CIRCUNSTÂNCIAS PERTINENTES À CIRURGIA E AO RESULTADO DEVEM SER PREVIAMENTE TRANSMITIDAS À PESSOA A SER TRATADA.NA ESPÉCIE, NÃO FOI CONSTATADO O ERRO MÉDICO NA CIRURGIA REALIZADA, QUE ERA ESTÉTICA. A INFORMAÇÃO ADEQUA-

11 <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/905604346/apelacao-civel-ac-70045601796-rs/inteiro-teor-905604369>> Acesso em: 09 fev. 2022.

12 <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/887129192/apelacao-civel-ac-70081112179-rs>> Acesso em: 09 fev. 2022.

DA FOI TRANSMITIDA PREVIAMENTE À PACIENTE. EM FACE DOS ELEMENTOS CONCRETOS DOS AUTOS, QUE INDICAM A INEXISTÊNCIA DE ERRO MÉDICO, A OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR NÃO DEVE SER ATRIBUÍDA AO RÉU. APELO DO RÉU PROVIDO. APELAÇÃO DA AUTORA PREJUDICADA. (TJ-RS - AC: 70081112179 RS, RELATOR: MARCELO CEZAR MULLER, DATA DE JULGAMENTO: 27/06/2019, DÉCIMA CÂMARA CÍVEL, DATA DE PUBLICAÇÃO: 10/07/2019).

Caso 9¹³: Mais uma decisão onde o julgador observou que o profissional manteve o dever de informação prévia ao paciente dos riscos envolvidos no procedimento, eximindo-o de culpa pela má cicatrização advinda.

INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ERRO MÉDICO. CIRURGIA PLÁSTICA. INSURGÊNCIA DA AUTORA CONTRA SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. MANUTENÇÃO. MAMOPLASTIA COM COLOCAÇÃO DE PRÓTESE QUE IMPLICA CICATRIZES PERMANENTES, INCLUSIVE ALARGADAS, E PODE CAUSAR INSENSIBILIDADE. TERMO DE CONSENTIMENTO NESSE SENTIDO ASSINADA PELA AUTORA UM MÊS ANTES DO PROCEDIMENTO. PRÉVIO CONHECIMENTO SOMADO À CONCLUSÃO PERICIAL DE QUE HOUVE ATENDIMENTO DAS NORMAS PREVISTAS NA LITERATURA MÉDICA. ERRO MÉDICO INEXISTENTE. RECURSO NÃO PROVIDO. (TJ-SP - AC: 10366619120198260002 SP 1036661-91.2019.8.26.0002, RELATOR: CARLOS ALBERTO DE SALLES, DATA DE JULGAMENTO: 19/10/2021, 3ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, DATA DE PUBLICAÇÃO: 19/10/2021).

Caso 10¹⁴: Na mesma linha do caso anterior, o juízo dá conta de que a paciente foi adequadamente informada das condições pertinentes ao ato operatório, exonerando o profissional da culpa alegada.

RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. CIRURGIA PLÁSTICA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS JULGADA IMPROCEDENTE. INSURGÊNCIA DA AUTORA. AUTORA SUBMETIDA A CIRURGIA PLÁSTICA DE ABDOMINOPLASTIA, COM LIPOASPIRAÇÃO, REDUÇÃO DE MAMA E COLOCAÇÃO DE SILICONE. CIRURGIA DE NATUREZA ESTÉTICA. LAUDO PERICIAL QUE CONCLUIU PELA INEXISTÊNCIA DE FALHA TÉCNICA OU MÁ PRÁTICA MÉDICA. CICATRIZES INERENTES AO ATO CIRÚRGICO E QUE DECORREM DE CONDIÇÕES PESSOAIS DA PACIENTE. MÉDICO QUALIFICADO PARA A REALIZAÇÃO DE CIRURGIAS PLÁSTICAS. INEXISTÊNCIA DE OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. (TJ-SP - AC: 10094432220178260564 SP 1009443-22.2017.8.26.0564, RELATOR: ALEXANDRE MARCONDES, DATA DE JULGAMENTO: 18/06/2021, 6ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, DATA DE PUBLICAÇÃO: 31/05/2021).

13 <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=AC%3A+1036661-91.2019.8.26.0002>> Acesso em: 12 fev. 2022.

14 <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1234320750/apelacao-civel-a-10094432220178260564-sp-1009443-2220178260564> Acesso em: 15 fev. 2022

Note-se que essas decisões foram pontuais em apreciar a conduta do médico, observando tanto a técnica cirúrgica quanto os procedimentos pré-operatórios, quais sejam, o consentimento esclarecido e o dever de informação adequada, precisa e clara.

O Princípio da Informação, no Direito Contratual, é de grande valia. Ele deriva do Art. 113 do Código Civil de 2002, que trata da boa-fé subjetiva que rege todos os contratos: “*Artigo 113 – Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.*”

Além disso, nessa linha, os critérios de decisão também levaram em conta o pressuposto básico disposto no art. 14, CDC, a informação suficiente e adequada, tal a relevância desse requisito, que ajudará na visualização futura da real possibilidade da cirurgia, estabilizando a expectativa do paciente.

9 CONCLUSÃO

Por toda a exposição, pode-se concluir que a responsabilidade civil do cirurgião plástico, tanto na intervenção estética quanto na reparadora, é preponderantemente subjetiva, forte no CDC, pelo artigo 14, §4º, e CCB, pelo artigo 951.

De modo excepcional, a doutrina aceita a responsabilidade objetiva, considerando o risco da atividade, como bem dispõe o artigo 927, § único, do CCB. Entretanto, essa condição deve ser analisada com extremo cuidado, principalmente em situações em que a prova demonstre que houve cumprimento do dever de informação e que, desse, resultou a ciência e o consentimento do paciente perante os riscos do procedimento.

Resta avaliar a natureza da obrigação, se de meio ou de resultado.

A obrigação de meio na cirurgia plástica estética não é a tese dominante na jurisprudência e na doutrina brasileira. Por outro lado, reconhece-se que há situações que fogem ao controle do médico e o exoneram da responsabilização civil. Cicatrizes de evolução deficiente, somatizações de problemas internos, perfil inflamatório silenciado, biologia própria, dentre outras, são condições de imprevisibilidade de resultado, o que só corrobora o quão é complexo o tema. Mais ainda, o fato de não haver cumprimento das orientações pós-operatórias, constantes da informação prestada bem antes do ato, pode eximir o cirurgião da obrigação de indenizar.

À luz da discussão, observa-se que não existe uma medida certa e incontestável que determine que o ato de cirurgia plástica estética é irrevogavelmente uma obrigação de mostrar resultado, mesmo que o entendimento majoritário seja este.

Se o cirurgião plástico usa todas as ferramentas que a ciência lhe traz, como em qualquer outra especialidade médica, não é sensato que o Direito lhe tenha como presumível culpado antes que se desenrole todo o cenário que deu motivo à demanda.

A orientação moderna francesa defende que a obrigação do cirurgião plástico é de meio, nada diferente da dos demais cirurgiões, pois correm os mesmos riscos e dependem da mesma álea. A peculiaridade talvez resida na cautela exagerada com o dever de informar e no consentimento claramente manifesto, esclarecido e determinado.

A postura adequada de sua conduta bem como o cumprimento de todos os passos técnicos inerentes a cada cirurgia são os requisitos essenciais que demonstram o zelo e o cuidado necessários para com o paciente, o que configura uma obrigação de meio, mesmo que o resultado não seja alcançado, mas que não reflita a piora da aparência.

Vale lembrar, como referiu Demogue (1925), que o profissional independente está sempre obrigado aos meios. Caso contrário, quando o fim visado é um resultado concreto almejado, surge a obrigação de resultado. Mas, na Medicina, não é o que acontece; diante de um mesmo estímulo, são várias as possibilidades de resposta e, então, os resultados podem diferir do desejado, fato completamente alheio às vontades em jogo.

O contrato que decorre da relação médico-paciente importa numa prestação de cuidados atentos e conscienciosos do primeiro para com o segundo. É diligência de conduta, como bem pode ser apreciado no caso “Mercer”, através da Corte de Cassação.

Na mesma linha, a expressão *bonus pater familias* vem reforçar que o ato lícito e regular, realizado com boa-fé e prudência, está ligado ao próprio conteúdo prestacional em que, mesmo que a realização da atividade-objeto contratada não satisfaça o credor, o devedor se exime do resultado, já que agiu adequadamente na intenção deste.

Importa deixar claro que o cirurgião plástico contempla todas as particularidades de qualquer outra especialidade cirúrgica e, nisso, assume grande importância a presença da álea.

Nesse sentido, como mostrou Tourneau, a álea não distancia o resultado almejado, mas se o devedor agir com prudência e acautelamento, estaremos diante de uma obrigação de meio.

Assim, convém ressaltar que a Cirurgia Plástica, como especialidade médica, se põe imbuída de amenizar sofrimentos, e estes devem ser apreciados de outra forma, pelo Direito. Dizer que o paciente de cirurgia estética não é portador de algo que lhe incomode é negar a presença de um desconforto, independentemente de sua quantificação.

Uma anormalidade que não seja fisicamente aparente talvez reflita um sinal, um convite para mudar algo na vida. *Bullyings*, rechaço social, desconforto profissional, inadequação no âmbito familiar/conjugal, entre várias manifestações, podem traduzir estados de aflição decorrentes da percepção da imagem pessoal.

Mesmo que inaparentes ou, como mencionou Caio Mário Pereira, “sem doença”, desconfortos podem interferir no cotidiano, repercutindo na integridade psicofísica com danos às relações pessoais de cada um. Esses sofrimentos exigem consciência de si, envolvem emoções, têm efeitos sociais. Injusto decretar que o especialista em foco deva ser tratado de forma desigual entre seus pares, porque o Direito, desconsiderando a própria evolução da doutrina mundial, especialmente a francesa, nega-se a um pensamento mais amplo sobre saúde.

Por fim, de posse de todos os argumentos citados, o conteúdo deste artigo aponta no sentido de definir a obrigação da Cirurgia Plástica como de meio, sugerindo uma nova forma de pensar a especialidade médica pelo Direito nacional, sem se desligar totalmente das concepções passadas, especialmente porque falta ao autor a erudição necessária.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, R.R. **Responsabilidade civil do médico.** In RT 718/33, agosto/1995, p. 39/40.
- AGUIAR, Rui Rosado. **Responsabilidade civil dos médicos.** RT 718/33, pp. 39/40.
- ARISTÓTELES. **A Ética.** Tradução de Fonseca, Cássio M. São Paulo: Atena Editora, 1950, p. 67.
- BELISSENT, Jean. **Contribution à l'analyse de La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat à propos de l'évolution des ordres de responsabilité civile.** Paris: L.G.D.J, 2001, p. 252-253.
- BENACCHIO, M. Responsabilidade civil do médico: algumas reflexões. In **Responsabilidade Civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana.** São Paulo: RT, 2009, p. 331.
- BRASIL, **Código de Defesa do Consumidor**, Art. 14, § 4º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm> Acesso em: 11 fev. 2022.
- CARBONE, Enrico. **Diligenza e risultato.** Torino: Giappichelli, 2007, p. 79.
- CASTILHO, T F. **Distinção entre obrigações de meio e obrigações de resultado.** Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 2011.
- DEMOGUE, René. **Traité des Obligations en Général.** Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1925.
- DOMAT, Jean. **Les Loix Civiles dans leur ordre naturel.** Paris: Pierre Aubouin, Pierre Emery et Charles Clouzier, 2. ed., 1697, t. II, p. 329.
- FIUZA, C. **Direito Civil: curso completo.** 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 470.
- HOSSNE, William Saad; VIEIRA, Sonia. A importância do protocolo na pesquisa que envolve seres humanos. In **Bioética em tempos de incerteza.** Leocir Pessini, José Eduardo de Siqueira, William Saad Hossne (orgs.). São Paulo: Loyola, 2010, p. 401/429, p. 402.
- IRTI, Natalino. La polemica sui concetti giuridici. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile.** Milano, n. 1, Anno LVIII, 2004, p. 13.
- ITURRASPE, Jorge Mosset. **Responsabilidad por daños.** Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, p. 331.
- LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos.** Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 120
- LEONE, F. La negligenza nella colpa extracontrattuale e contrattuale. **Rivista di Diritto Civile.** Milano: anno VII, p. 84-103, 1915.
- LOPEZ, TA. **O dano estético.** São Paulo: Almedina, 2021 p. 121.
- MAZEUD, Henri; MAZEUD, Leon. **Traité théorique e pratique de la responsabilité civile.** Paris: Montchrestien, 1978, t. I, p. 108.
- MAZEUD, Henri. Essai de classification des obligations: obligations contractuelles et extra- contrac-

tuelle; “obligations déterminées” et “obligations générales de prudence et diligence”. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**. Paris, t. 35. 1936. p. 29.

MENGONI, L. **Obbligazioni “di risultato” e “obbligazioni de mezzi”**. Milano: Francesco Vallardi, 1954, p. 51.

OSTI, G. Revisione critica della teoria sulla impossibilita della prestazione. **Rivista di Diritto Civile**. Milano: anno X, fasc. 3, 4 e 5. 1918. p. 209-259, 313-360, 417-471.

OSTI, Guiseppe. Revisione critica dela teoria sulla impossibilita dela prestazione. *in* **Scritti Giuridici**. Milano: Giuffrè, 1973, p. 123-124.

PEREIRA, Caio Mário da. **Responsabilidade Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 169.

PERLINGIERI, Pietro. **La personalità umana nell’ordinamento giuridico**. Camerino: Scuola di perfezionamento in diritto civile dell’Università di Camerino, 1972, p. 310.

PINTO, V. **Responsabilidade Civil: o que é e quais os tipos. (s.d.) Disponível em:** <<https://direito.idp.edu.br/blog/direito-civil/responsabilidade-civil/>>. Acesso em: 10/02/2022.

PLANIOL, Marcel. **Traité élémentaire de droit civil**. 4. Ed. Paris: L.G.D.J, 1906, t. II. p. 281- 282.

RESPONSABILIDADE CIVIL NA CIRURGIA ESTÉTICA. *In* <<http://bdjur.stj.gov.br>, http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/2278/Responsabilidade_Civil_Cirurgia.pdf?sequence=4> Acesso em: 08 fev.2022.

ROBIN. Georges. **Responsabilité notamment au point de vue de la clause de non garantie et du fardeau de la preuve en droit romain et en droit français**. Paris: Imprimerie E. Pigelet, 1887. p. 50-52.

SEBRE, Marco. O conceito de saúde. **Revista de Saúde Pública**. 31 (5): p. 539, 1997.

SILVA, Regina BT, Responsabilidade Civil em cirurgia plástica e em tratamento dermatológico. *In* **Responsabilidade civil na área da saúde**. São Paulo: Saraiva, 2009. Série GV Law, p. 156/160.

TOURNEAU, Philippe le. **Le Droit de la Responsabilité et des Contrats**. Dalloz, 2018. p. 923.

TOURNEAU, Philippe le. **La responsabilité Civile**. 2. ed. Paris: Dalloz, p. 377.

VILLEY, Michel. Esboço Histórico sobre o termo responsável. Tradução de CORRÊA, André Rodrigues. **Revista de Direito GV**. São Paulo, v. 1, n. 1, p. 144, maio 2005.

SITES

<<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/1072500/erro-medico-cirurgia-plastica.pdf>> Acesso em: 08/02/2022.

<<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/1072500/erro-medico-cirurgia-plastica.pdf>> Acesso em 08/02/2022.

<<https://www.migalhas.com.br/depeso/300122/defesa-juridica-do-cirurgiao-plastico>> Acesso em 08/02/2022.

<<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115588010/apelacao-civel-ac-10024062741772004-mg?s=paid>> Acesso em 09/02/2022.

<<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/887806343/apelacao-civel-ac-10024123251423003-mg>> Acesso em: 08/02/2022.

<<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/139280101/agravo-de-instrumento-ai-586412520138190000-rj-0058641-2520138190000>> Acesso em: 09/02/2022.

<<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/905604346/apelacao-civel-ac-70045601796-rs/inteiro-teor-905604369>> Acesso em 09/02/2022.

<<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/887129192/apelacao-civel-ac-70081112179-rs>> Acesso em: 09/02/2022.

<<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=AC%3A+1036661-91.2019.8.26.0002>> Acesso em: 12/02/2022.

<<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1234320750/apelacao-civel-ac-10094432220178260564-sp-1009443-2220178260564>> Acesso em: 15/02/2022.

DIRETORIA EXECUTIVA



Raul Canal

Presidente



Rodrigo Canal

Vice-presidente



Luis Flávio Carvalhais

Vice-presidente de
Segurança do Paciente
e Riscos Assistenciais



Waldy Fernandes

Diretor Jurídico



Ione Medeiros

Diretora Financeira



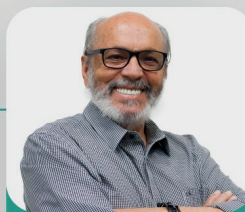
Alexandre Lemos

Diretor Comercial



Paloma Furtado

Diretora
Administrativa



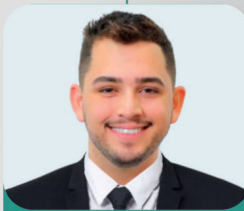
José Ramalho

Diretor de Gestão e
Planejamento Estratégico



José Lira

Diretor de Compliance
e Presidente do
Conselho Fiscal



Andrew Simek

Diretor de
Comunicação



José Mauro

Diretor de
Projetos Especiais



Luis Vargas

Diretor Comercial
do Cirurgia Segura



Daniela Franco Bueno

Diretora de Estudos
e Pesquisas da Universidade
Corporativa Anadem - UCA


ANADEM
SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO MÉDICO E BIOTÉCNICA

UCA
Universidade Corporativa Anadem

Central de Atendimento 24 horas: 0800-61-3333

SHS Quadra 02 - Bloco J - Sala 103 - CEP 70322-901 - Mezanino - Brasília (DF)

www.anadem.org.br

 @anademoficial

 /anademoficial